



UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE

École doctorale de droit de la Sorbonne
Département de droit international et européen

THÈSE
pour l'obtention du grade de
Docteur en droit de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Présentée et soutenue publiquement
le 12 janvier 2021 par

Lilia AÏT AHMED

**PRINCIPE DE COHÉRENCE ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE
EUROPÉEN**

DIRECTEUR DE RECHERCHE
Monsieur Vincent HEUZÉ

MEMBRES DU JURY

Monsieur Dominique BUREAU, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) -
Rapporteur

Madame Sabine CORNELOUP, Professeure à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) -
Rapporteuse

Monsieur Étienne PATAUT, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Madame Cécile PÉRÈS, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur.

*À mon père, à ma mère,
À Dylla, à Malek,
À Nelia*

REMERCIEMENTS

Au-delà du travail de recherche, la thèse représente une tranche de vie singulière, une expérience professionnelle et personnelle, qui modifie le rapport à l'espace et au temps de celle qui l'entreprend. Les personnes qui m'ont accompagnée pendant cette période ont constitué les repères essentiels à son aboutissement.

J'adresse, en premier lieu, mes plus vifs remerciements à Monsieur le Professeur Vincent Heuzé pour avoir dirigé ma thèse avec une grande exigence et autant de bienveillance. Ses relectures attentives, la perspicacité de ses conseils et critiques m'ont incitée à enrichir sans cesse mes réflexions et ont alimenté un goût pour la recherche qu'avaient auparavant suscité ses enseignements de Master. La liberté dont j'ai bénéficié dans la conduite de mes travaux et la confiance témoignée par ses encouragements répétés ont grandement apporté à ma formation scientifique. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma sincère reconnaissance.

Je remercie Mesdames et Messieurs les Professeurs Dominique Bureau, Sabine Corneloup, Étienne Pataut et Cécile Pérès d'avoir accepté de lire et d'évaluer mes travaux.

Je remercie Monsieur le Professeur Jean-Sylvestre Bergé et Monsieur Adrien Compain de m'avoir communiqué leurs travaux, ainsi que Monsieur Nicolae Florea, Madame Sandrine Lagore et les personnels de la bibliothèque Cujas pour leur aide capitale dans le contexte de crise sanitaire.

Mes remerciements s'adressent aussi à Daniel et François, qui ont su adoucir, par leur bienveillance souriante et leur abord d'une simplicité réconfortante, un contexte de recherche parfois pesant au cours de mes premières années de doctorat.

Je remercie Anthony, Chloé, Jérémy et leur équipe pour leur accueil chaleureux qui m'a permis de retrouver l'énergie de l'écriture.

Mes pensées vont à Monsieur Alphonse Deangeli, pour sa sollicitude et les coupures de presse annotées que j'ai retrouvées dans ma boîte aux lettres durant de nombreuses années.

Je tiens également à remercier Josée et Vincent, pour leurs encouragements réguliers, et leurs merveilleuses filles, Éloïse et Nina.

J'ai eu la chance d'être entourée tout au long de ces années d'amis avec lesquels j'ai pu vivre les bonheurs de la thèse et de l'existence, d'inestimables moments de légèreté, comme les périodes difficiles. Leur soutien, jusque dans la relecture de ma thèse pour certains, a été déterminant.

Je remercie Francisca, qui a été mon rocher pendant toutes ces années et dont la présence n'a pas faibli depuis l'autre côté de l'océan ; Marine, pour sa positivité à toute épreuve et sa confiance inébranlable ; Manon, pour son écoute délicate et sa combativité revigorante ; Claire, pour sa générosité solaire et son regard poétique sur le monde ; Marion, pour sa maestria comique et sa présence empathique ; Ariane, pour son entraînant appétit de vivre et son refus de la défaite, en toutes circonstances ; Alexandre, pour son humour, inimitable, et ses salutaires appels à la récréation ; Samuel, pour son humour badine et son affection pudique ; Nathan, pour sa sollicitude attentive et nos précieuses discussions. Ma pensée va enfin à Héloïse, avec qui j'ai tant partagé, et à Isaure.

C'est en dernier lieu à ma famille que je souhaite exprimer ma profonde reconnaissance. À mon grand-père et à ma grand-mère ; à Amine, pour son aide dans la dernière ligne droite ; à Pierre, pour m'avoir rappelé à plusieurs reprises les principes d'une course de fond ; mais surtout, à ceux dont l'affection, la présence, le soutien et la patience, si souvent mise à rude épreuve, m'ont portée tout au long du chemin : mon père et ma mère, qui ont tant sacrifié et m'ont, chacun à leur manière, donné plus que je ne saurais ici l'exprimer – cet aboutissement est aussi le leur ; ma sœur, Dylla, qui, au-delà de sa relecture d'ensemble, a toujours su me faire prendre du recul et me rassurer ; mon frère, Malek, qui par son humour et sa résilience a été un véritable pilier ; et enfin Nelia, qui, au cours de sa première année, m'a apporté les plus grands bonheurs de cette dernière année de thèse.

RÉSUMÉ

L'eupéanisation du droit international privé de la famille, fait majeur de ces deux dernières décennies, s'est traduit par une uniformisation sans précédent des règles de compétence internationale et de conflit de lois. Son évolution se heurte toutefois à des difficultés fondamentales interrogeant la rationalité de sa construction. D'une part, les fondements de l'uniformisation font encore l'objet de critiques déterminantes. D'autre part, la technique mise en œuvre, jamais remise en cause, a rapidement échoué à réunir l'unanimité des États membres requise en la matière. À un morcellement matériel caractéristique de l'uniformisation s'adjoint alors un morcellement géographique de l'espace judiciaire européen, fluctuant au gré du texte considéré. Aussi, l'analyse du droit international privé de la famille européen à l'aune du principe méthodologique de cohérence, qui gouverne l'élaboration du droit, permet d'identifier les sources de ces difficultés et de proposer des solutions en considération des fondements de la matière et des fins poursuivies. Dans un premier temps, une comparaison avec la formation du statut personnel met en évidence la logique nouvelle qu'impose, au travers de la « libre circulation » des décisions, l'objectif de libre circulation des personnes. Reposant sur un relâchement des liens entre les individus et l'État, sa poursuite a conduit à une altération des compétences attribuées à l'Union européenne en faveur de l'uniformisation des règles, sans que cette dernière justifie son utilité au regard de la fin visée. L'analyse révèle, dans un second temps, que cette démarche traduit la vision erronée, adoptée par le législateur européen, d'un espace judiciaire uniforme. Une telle conception repose cependant sur l'assise théorique fragile d'un principe de reconnaissance mutuelle fondé sur une vision absolue contestable de la confiance mutuelle. Elle suscite dès lors de vives réactions de la part d'États membres désireux de protéger leurs conceptions nationales et remettant en cause cette confiance et la primauté du droit de l'Union qui la garantit. Un retour au droit primaire conduit à constater que, loin d'une telle approche uniformisatrice et hiérarchique dictée par l'objectif de libre circulation des personnes, c'est une vision fondamentalement pluraliste, respectueuse de la diversité des ordres juridiques des États membres et orientée vers l'accès à la justice des parties, que véhiculent les traités en matière de coopération judiciaire en matière civile, et notamment familiale. Ce constat appelle dès lors, dans une perspective bien moins intégrationniste, une réflexion renouvelée relative aux modalités de la réglementation européenne du droit international privé de la famille.

Descripteurs : Droit international privé de la famille, droit de l'Union européenne, principe de cohérence, méthodologie, espace judiciaire européen uniforme, libre circulation des personnes, principe de reconnaissance mutuelle des décisions, confiance mutuelle, coopération judiciaire en matière civile, espace de liberté, de sécurité et de justice, marché intérieur, *exequatur*, identité nationale des États membres, droits fondamentaux, principe de primauté, ordre juridique de l'Union européenne, pluralisme, accès à la justice, statut personnel, nationalité, permanence.

Title : Principle of coherence and European private international law in family matters

Abstract : The Europeanization of private international law, a major breakthrough in the past two decades, has led to an unprecedented uniformization of international jurisdiction and conflict of laws rules. However, the European Union law making process has come up against significant difficulties questioning the rationality of its development. On the one hand, the uniformization's legal basis has come under well-founded criticism. On the other hand, the legal technique, although never disavowed, has quickly failed to reach the required consensus among all member states, adding a geographical fragmentation of the European judicial area, shifting according to the regulation taken into account, to the characteristic material fragmentation of uniformization. Analyzing European private international law in family matters in view of the methodological principle of coherence, which governs the creation of law, allows for the identification of the sources of the aforementioned difficulties and the proposal of adjustments in compliance with the legal basis and the aim pursued. Firstly, a comparison with the evolution of the personal status has brought out the new approach of free movement of people, through the enforcement of "free movement" of decisions. Based on the loosening of the ties between individuals and the state, the pursuit of this freedom has led to a modification of the competences conferred upon the European Union. That alteration has allowed uniformization of private international rules, with no regard whatsoever for the uselessness of the latter to achieve its goal. Secondly, the methodological analysis has revealed that this approach reflects the European legislator's erroneous vision of a uniform European judicial area. Nonetheless, such an idea rests on the insubstantial theoretical foundation of a principle of mutual recognition based on a questionable vision of an absolute mutual trust between member states. Therefore, it has aroused strong reactions from member states willing to protect their own national views, challenging that trust and the precedence of Union law which ensures it. Studying primary law leads to lay aside these representations of a uniform judicial area and of a hierarchical organization between the European Union and the national legal orders resulting from the objective of free movement of people. Regarding to the cooperation in civil matters and especially in family matters, the European Treaties promote, on the contrary, a fundamentally pluralist vision, respectful of the diversity of the national legal orders of the member states and seeking to ease access to justice for the parties. From that point of view, a renewed reflection on the elaboration of European private international law in family matters, from a much less integrationist perspective, is inevitable.

Keywords : Private international family law, European Union law, principle of coherence, methodology, uniform European judicial area, free movement of people, principle of mutual recognition, mutual trust, judicial cooperation in civil matters, area of freedom, security and justice, internal market, *exequatur*, national identity of member States, fundamental rights, precedence principle, European Union legal order, pluralism, access to justice, personal status, nationality, permanency.

ABRÉVIATIONS

§ / §§	paragraphe / paragraphes	CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
<i>Adde</i>	Ajoutez	chron.	Chronique
aff.	affaire	Civ. 1 (2 ou 3)	Première (deuxième ou troisième) chambre civile de la Cour de cassation
<i>AIDI</i>	Annuaire de l'Institut de droit international	CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
<i>AJ fam.</i>	Actualité juridique famille	CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
<i>AJDA</i>	Actualité juridique droit administratif	COM	Document de travail de la Commission européenne
al.	alinéa	Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
<i>Arch. phil. droit</i>	Archives de philosophie du droit	comm.	Commentaire
Ass. plén.	Assemblée plénière	Comp.	Comparer
BCE	Banque centrale européenne	Cons. const.	Conseil constitutionnel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)	<i>Contra</i>	En sens contraire
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal constitutionnel fédéral allemand)	Convention EDH / CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	<i>D.</i>	Recueil Dalloz
BvR	Verfassungsbeschwerden (recours individuel devant le Tribunal constitutionnel fédéral allemand)	dir.	Sous la direction de
c.	Contre	<i>DP</i>	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz
<i>Cahiers de l'EDEM</i>	Cahiers de l'équipe droit européen et migrations (Université de Louvain)	<i>Dr. fam.</i>	Revue Droit de la famille
<i>CDE</i>	Cahiers de droit européen	<i>Dr. soc.</i>	Droit social
CE	Conseil d'État	éd.	Édition
CECA	Communauté économique du charbon et de l'acier	EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (loi d'introduction au Code civil allemand)
CEE	Communauté économique européenne	EJTN	European Judicial Training Network

ELSJ	Espace de liberté, de sécurité et de justice	<i>JPIL</i>	Journal of private international law
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> , et autres	<i>loc. cit.</i>	loco citato
FamFG	Familienverfahrgesetz (loi relative à la procédure en matière d'affaire familiale)	<i>LPA</i>	Les Petites affiches
fasc.	fascicule	MAE	mandat d'arrêt européen
<i>FI</i>	Foro italiano	n° / n ^{os}	numéro / numéros
<i>GACJCE</i>	Grands arrêts de la Cour de justice des communautés européennes	<i>NIPR</i>	Nederlands Internationaal Privaatrecht
<i>GADIP</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé.	obs.	Observations
<i>GG</i>	Grundgesetz (Loi fondamentale allemande)	op. cit.	opere citato
Gr. ch.	Grande chambre	ord.	ordonnance
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>	p.	page/pages
<i>ICLQ</i>	International and Comparative Law Quarterly	pan.	panorama
<i>i.e.</i>	<i>Id est</i> (c'est-à-dire)	PESC	Politique étrangère et de sécurité commune
IPE	Injonction de payer européenne	pp.	des pages ... à ...
IR	Informations rapides (Recueil Dalloz)	QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>JCl.</i>	JurisClasseur	<i>R.</i>	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
<i>JCP</i>	Semaine juridique	<i>RabelsZ</i>	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
<i>JCP G</i>	Semaine juridique - Édition générale	<i>RAE</i>	Revue des affaires européennes
<i>JDE</i>	Journal de droit européen	<i>RBDI</i>	Revue belge de droit international
<i>JDI</i>	Journal du droit international (Clunet)	<i>RCADI</i>	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes	<i>RCDIP</i>	Revue critique de droit international privé
JORF	Journal officiel de la République française	<i>RDI</i>	Revue de droit immobilier
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne	<i>RDIP</i>	Revue de droit international privé
		<i>RDIPP</i>	Rivista di diritto internazionale e processuale

RDLF Revue des droits et libertés fondamentaux

RDP Revue de droit public

RDUE Revue du droit de l'Union européenne

Rec. Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes/de l'Union européenne

Rec. CEDH Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (depuis 1996)

Rec. Gén. Lois Recueil général des lois

rééd. Réédition

réimp. Réimpression

req. Requête

RFA République fédérale d'Allemagne

RFDC Revue française de droit constitutionnel

RJPF Revue juridique Personnes et Famille

RJT Revue juridique Thémis

RLDC Revue Lamy Droit civil

RMC Revue du marché commun

RMCE Revue du marché commun et de l'Union européenne

RPDP Revue pénitentiaire et de droit pénal

RSC Revue des sciences criminelles

RTD civ. Revue trimestrielle de droit civil

RTD com. Revue trimestrielle de droit commercial

RTD eur. Revue trimestrielle de droit européen

RTDH Revue trimestrielle des droits de l'homme

RUE Revue de l'Union européenne

s. suivant(e)s

S. Recueil Sirey

Soc. Chambre sociale de la Cour de cassation

somm. Sommaire

spéc. spécialement

t. tome

TCE Traité sur les Communautés européennes

TCEE Traité instituant la Communauté économique européenne

TECE Traité établissant une Constitution pour l'Europe

TEE Titre exécutoire européen

TFUE Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

trad. Traduction

Trav. com. fr. DIP Travaux du comité français de droit international privé

TUE Traité sur l'Union européenne

V° *Verbo* (au mot)

vol. Volume

YPIL Yearbook of Private international law

OUVRAGES CITÉS DE FAÇON ABRÉGÉE

- *L'ordre juridique* : Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, traduction française de la deuxième édition de l'*Ordinamento giuridico*, Lucien François, Pierre Gothot, Dalloz, 2002, 174 p.
- *GACJCE* : Jean BOULOUIS, Roger-Michel CHEVALLIER, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, t. I, Dalloz, 5^{ème} éd., 1991, 470 p.
- *GADIP* : Bertrand ANCEL, Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006, 814 p.
- *Vocabulaire juridique* : Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^{ème} éd., 2020, xxxiv-1091 p.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE	
ANALYSE CRITIQUE DE LA RECONSTRUCTION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE EUROPÉEN AUTOUR DE L’OBJECTIF DE LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES	31
TITRE 1 : L’ANALYSE CLASSIQUE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE	33
CHAPITRE 1	
LA JUSTIFICATION DU STATUT PERSONNEL COMME CATÉGORIE	35
CHAPITRE 2	
LA DISCUSSION DES RATTACHEMENTS	89
TITRE 2 : LA REMISE EN CAUSE DE L’ANALYSE CLASSIQUE PAR LES OBJECTIFS DE LA CONSTRUCTION EUROPÉENNE	169
CHAPITRE 1	
LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE AFFECTÉ À L’OBJECTIF DE LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES	171
CHAPITRE 2	
LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES ET LE RELÂCHEMENT DU LIEN ENTRE LES INDIVIDUS ET L’ÉTAT	195
SECONDE PARTIE	
L’UNIFORMITÉ DE L’ESPACE JUDICIAIRE EUROPÉEN EN MATIÈRE FAMILIALE À L’ÉPREUVE DU PRINCIPE DE COHÉRENCE	309
TITRE 1 : LES FRAGILITÉS DE L’ESPACE UNIFORME EUROPÉEN EN MATIÈRE FAMILIALE	311
CHAPITRE 1	
LES FRAGILITÉS THÉORIQUES DU PRINCIPE DE RECONNAISSANCE MUTUELLE	313
CHAPITRE 2	
LES ÉCUEILS PRATIQUES DÉCOULANT DES RÉACTIONS DES ÉTATS MEMBRES	377
TITRE 2 : UNE LECTURE RENOUVELÉE DU FONDEMENT ET DE L’OBJECTIF DE LA CONSTRUCTION DE L’ESPACE JUDICIAIRE EUROPÉEN	455
CHAPITRE 1	
LA DIVERSITÉ DES ORDRES JURIDIQUES COMME FONDEMENT D’UNE COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE FAMILIALE	457
CHAPITRE 2	
L’ACCÈS À LA JUSTICE COMME OBJECTIF DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE EUROPÉEN	509
CONCLUSION GÉNÉRALE	561
BIBLIOGRAPHIE	567
TABLE DES DÉCISIONS ET AVIS	625
TABLE DE LÉGISLATION	641
INDEX ALPHABÉTIQUE	647
TABLE DES MATIÈRES	661

INTRODUCTION

1. Ordre et désordre. – Au pied du mont Parnasse, progressant sur la voie sacrée vers le cœur du sanctuaire antique de Delphes, le pèlerin interrompt sa marche. À la croisée des chemins de deux aigles envoyés par Zeus depuis les extrémités de la Terre, il est parvenu au centre du monde¹. Devant lui se dresse un édifice à nul autre pareil en pays hellène. Là, Apollon érigea le temple dédié à son culte. On y vient de toute la Grèce consulter son oracle, qui fut naguère celui de Thémis², sous la protection de laquelle il est né et qui l'a nourri³. Trois saisons durant, le sanctuaire s'anime au rythme des péans et des oracles de la Pythie. Chaque hiver cependant, Apollon se retire en Hyperborée ; l'heure est alors au réveil du dithyrambe et à l'invocation de Dionysos⁴. Au sein du même temple se succèdent ainsi les cultes de deux

¹ Selon le récit cosmogonique grec, au point de rencontre de ses deux émissaires, Zeus laissa tomber une pierre appelée *omphalos* (au sens littéral, le nombril) pour identifier le centre du monde (PLATON, *La République*, traduction française Robert Baccou, Librairie Garnier Frères, 1936, lxxxv-528 p., n° 427 c, p. 132). Cette pierre est celle que Rhéa substitua à Zeus à sa naissance, afin que Kronos l'avalât en lieu et place de son fils. D'après la prophétie de Gaïa, le Titan était en effet menacé par la malédiction d'Oùranos, son père qu'il avait détrôné, d'être à son tour renversé par son fils. Il entreprit dès lors de manger ses enfants dès leur venue au monde afin d'assurer son règne éternel. L'échange ayant été couronné de succès, Zeus réalisa la prophétie, évinça son père et lui fit dégorger la pierre. Celle-ci, entreposée dans le temple d'Apollon à Delphes, symbolise ainsi la puissance du maître de l'Olympe (HÉSIODE, *La Théogonie*, traduction Henri Patin, Typographie Georges Chamerot, 1872, 32 p., spéc. pp. 17-18).

² Les différentes traditions mythologiques recueillies par les auteurs divergent quant aux modalités de réception par Apollon de l'oracle de Delphes. Ainsi, chez Eschyle – qui explique incidemment l'origine du nom Phoibos, le brillant, qui désigne parfois Apollon –, l'oracle lui aurait été transmis volontairement : Thémis, le tenant de Gaïa, sa mère, l'aurait transmis à sa sœur, Phoibè qui « en fit don à Phoibos, quand il naquit, et il fut ainsi nommé du nom de Phoibè » (ESCHYLE, *Les Euménides*, traduction Charles-Marie Leconte de Lisle, Alphonse Lemerre, 1872, pp. 275-318, spéc. p. 275). Dans le Péan à Apollon d'Aristonoos, Apollon aurait convaincu Thémis et Gaïa de lui transmettre l'oracle qu'elles détenaient (Maria VAMVOURI RUFFY, *La fabrique du divin*, Liège, Presses universitaires de Liège, 2004, 326 p., spéc. p. 94). Selon Éphore, l'oracle est fondé conjointement par Thémis et Apollon (voir sur ce point Marcel DÉTIENNE, « Religions de la Grèce antique. Conférence », *Annuaire de l'École pratique des hautes études*, 1990, pp. 243-246, spéc. p. 245). L'oracle de Delphes, chez Musée, est détenu conjointement par Thémis et Apollon qui aurait reçu sa part de Poséidon, en échange de la Calaurie (*ibid.*). Le rôle de Thémis semble, enfin, accessoire dans la tradition homérique, Apollon paraissant avoir fondé seul l'oracle de Delphes (HOMÈRE, « Hymne I. À Apollon », *Hymnes*, traduction française Charles-Marie Leconte de Lisle, Alphonse Lemerre, 1868, pp. 377-456, spéc. p. 385).

³ Sur le point de mettre au monde Apollon et Artémis, Lètô erre à la recherche d'une terre disposée à accueillir ses enfants. Aucune cependant ne souhaite braver la colère d'Héra jalouse des infidélités de Zeus. Seule Délos, île flottante en mer Égée, accepte la venue de la Titanide. Le concours des déesses présentes, parmi lesquelles figure Thémis, est ensuite nécessaire pour mettre fin aux souffrances de Lètô et faire venir Ilithyie, déesse des accouchements, qu'Héra retient dans l'Olympe. Lètô donne ainsi naissance à Apollon, immédiatement nourri de nectar et d'ambrosie par Thémis : HOMÈRE, *op. cit.*, pp. 380-381.

⁴ PLUTARQUE, *Œuvres morales*, traduction française Ricard, t. II, Lefevre, 1844, 600 p., spéc. n° 389 c, p. 239. Le réveil du dithyrambe désigne la résurrection annuelle de Dionysos Dithyrambe, *i.e.* « né deux fois ». Le nom fait référence au mythe selon lequel Sémélé, alors enceinte de Dionysos, meurt foudroyée, incapable de supporter la vision de Zeus sous sa forme divine qu'elle sollicitait sous l'influence jalouse d'Héra. Zeus, arrachant son fils au ventre de sa mère, l'a alors logé dans sa cuisse afin de mener la gestation à son terme. La tradition orphique adopte une version différente de cette double naissance. Ce récit fait de Dionysos le fils de deux mères. Né une première fois de Zeus et de Perséphone, il est démembré et englouti par les Titans, à l'exception de son cœur. L'organe, récupéré par Athéna puis par Zeus, est ingéré par ce dernier s'unissant à Sémélé. Ainsi Dionysos naît-il une seconde fois (Jean RUDHART, « Les deux mères de Dionysos, Perséphone et Sémélé, dans les *Hymnes orphiques* »,

divinités⁵ que la tradition a pris l'habitude d'opposer⁶. Victorieux du monstre Python, Apollon instaure et préserve, dans la cité phocidienne, l'ordre social de Zeus dont il est le seul à pouvoir connaître et transmettre la volonté⁷. Dieu Archégète⁸, « guide national de tous les hommes »⁹, le lien qui l'unit à la déesse de la justice fait en outre de lui « une personnification de la justice divine »¹⁰. Il représente l'ordre¹¹, la raison, la mesure et l'harmonie¹². Dionysos apparaît, au contraire, comme l'incarnation de l'*hybris* et le maître de la transgression. Profondément multiple, ambivalent, insaisissable, il est une puissance désorganisatrice qui brouille les frontières. Avec son cortège de Thyades, c'est l'irrationnel qui pénètre dans la cité¹³. Sa puissance repose sur un jaillissement spontané¹⁴ et un lien fondamental avec la nature sauvage ; elle est à la fois porteuse de désordre et de mouvement¹⁵. Aussi, à Delphes, c'est l'ordre et le mouvement désordonné¹⁶ qui cohabitent. Par-delà les vieilles pierres, le temple symbolise la mise en ordre du mouvement créateur.

L'élaboration du droit international privé de la famille de l'Union européenne obéit à ce schéma d'un mouvement réglementaire créateur désordonné, qui n'a de cesse d'interroger les fondements et les objectifs de la matière, et que la jurisprudence et la doctrine tentent de mettre en ordre. L'espace judiciaire européen, à la construction duquel elle contribue, se présente en effet comme « un moyen d'ordonner et de coordonner la variété des systèmes juridiques et judiciaires »¹⁷ des États membres de l'Union européenne. Pourtant, l'instabilité et l'incertitude

Revue de l'histoire des religions, 2002, pp. 483-501 ; Frédérique ILDEFONSE, « Le corps morcelé de Dionysos », *Ateliers d'anthropologie*, 2019, [en ligne], consulté le 23 juillet 2020. URL : <https://journals.openedition.org/ateliers/11498#quotation>).

⁵ Sur les traces architecturales de cette croyance, voir Francis CROISSANT, « Apollon et Dionysos à Delphes. Les frontons sculptés du temple du IV^{ème} siècle », *Cahiers des thèmes transversaux ArScAn*, 2002, pp. 217-220.

⁶ Sur cette opposition, voir Peggy LARIEU, *Mythes grecs et droit. Retour sur la fonction anthropologique du droit*, Laval (Canada), Presses de l'Université Laval, 2017, ix-255 p., spéc. pp. 58-68.

⁷ HOMÈRE, « Hymne I. À Apollon », *op. cit.*, p. 381 et « Hymne II. À Hermès », *op. cit.*, p. 410.

⁸ Ce qualificatif, souvent associé à Apollon, désigne le statut de fondateur de cités. Sur cette notion, voir Marcel DÉTIENNE, « Religions de la Grèce ancienne. Conférence », *Annuaire de l'École pratique des hautes études*, 1985, pp. 371-380.

⁹ PLATON, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰ Peggy LARIEU, *op. cit.*, p. 65.

¹¹ Voir notamment en ce sens PLUTARQUE, *op. cit.*, n° 389 b, p. 238.

¹² Sur l'ambivalence d'Apollon, l'« Oblique », voir Marcel DÉTIENNE, *Apollon le couteau à la main*, Gallimard, 2009, 378 p. ; Peggy LARIEU, *op. cit.*, pp. 65-68.

¹³ PLUTARQUE, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴ Marcel DÉTIENNE, « Religions de la Grèce antique. Conférence », *Annuaire de l'École pratique des hautes études*, 1984, pp. 317-324.

¹⁵ Sur la figure de Dionysos comme symbole de désordre et de mouvement, voir Georges BALANDIER, *Le Désordre. Éloge du mouvement*, Fayard, 1988, 252 p., pp. 116-119.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 119.

¹⁷ Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, « La priorité de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et l'élaboration d'un code européen de droit international privé », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé*, Marc Fallon, Paul Lagarde, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2011, pp. 51-67, spéc. p. 52.

constituent des traits régulièrement dénoncés de cette branche du droit¹⁸, depuis que la communautarisation du droit conflictuel par le traité d'Amsterdam¹⁹ et la conversion de la Convention de Bruxelles II, relative à la compétence internationale et à l'effet des jugements en matière matrimoniale²⁰, en règlement communautaire²¹ en ont posé les premiers jalons.

2. Remise en cause perpétuelle de l'uniformisation conflictuelle en matière familiale. – Ainsi la doctrine a-t-elle pu constater que le droit international privé de la famille de l'Union européenne n'échappe pas aux défauts du droit commun contemporain. Le domaine limité des règlements européens qui ont jailli²² à la suite du règlement « Bruxelles II », fruit de compromis entre États membres, donne en effet à la matière l'air d'un droit « fait de pièces et de morceaux [... dont] la cohérence n'est pas [l]a vertu première »²³. Pis, l'approche sectorielle du droit de la famille adoptée par l'Union européenne peut conduire à penser que « [l]e droit uniforme irait [...] à l'encontre de l'idéal de droit commun, associé à l'objectif de cohérence »²⁴. Certains auteurs, confrontés à « l'improbable européanisation du droit international privé de la famille »²⁵, ont relevé à cet égard que « [l]a complexité de certains textes, les incertitudes terminologiques [...], l'articulation mal définie des instruments entre eux viennent démentir la communication officielle sur le thème "simplifier ou faciliter la vie des citoyens" »²⁶.

¹⁸ Voir par exemple à ce sujet Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE, « L'improbable européanisation du droit international privé de la famille », *JCP G*, n° 5, 3 février 2014, pp. 178-180 ; Hélène GAUDEMET-TALLON, « De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union européenne », in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. 1, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 159-185.

¹⁹ Article 65 TCE.

²⁰ Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, JOCE, n° C 221/2, 16 juillet 1998 ; *JCP G*, 1998, III, 20009 ; *RCDIP*, 1998, pp. 776-791.

²¹ Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs (dit « règlement "Bruxelles II" »), JOCE, n° L 160/19, 30 juin 2000.

²² Évoquant le « jaillissement de sources nouvelles » et y percevant l'une des causes du « désordre juridique français », voir Rémy LIBCHABER, « Réflexions sur le "désordre juridique français" », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André Decocq*, Éditions du Juris-Classeur, 2004, pp. 405-416, spéc. p. 407 (c'est nous qui soulignons) ; employant ce même terme, voir Yves LEQUETTE, « Préface », in *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, Charlotte Dubois, LGDJ, 2016, pp. ix-xiii, spéc. p. ix.

²³ Mireille DELMAS-MARTY, « Le phénomène de l'harmonisation. L'expérience européenne », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Christophe Jamin, Denis Mazeaud (dir.), Economica, 2001, pp. 23-35, spéc. p. 24. Voir également en ce sens, Paul LAGARDE, « Réflexions conclusives », in *Vers un statut européen de la famille*, Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon (dir.), Dalloz, 2014, pp. 267-276, spéc. p. 268 : « Le moins que l'on puisse dire est qu'il n'y a pas eu en la matière de plan d'ensemble. Certes, il y a eu des "programmes" [...], mais on ne peut pas dire qu'il s'agit d'une construction systématique qui se serait bâtie par étapes. On a assisté bien plus à une série de petits pas formant peu à peu une sorte de toile d'araignée qui envahit, en s'y substituant, le droit international privé de la famille en vigueur dans chaque État membre ».

²⁴ Myriam HUNTER-HÉNIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, 601 p., spéc. p. 36. C'est nous qui soulignons.

²⁵ Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE, *op. cit.*

²⁶ *Op. cit.*, p. 179. Voir également en ce sens Alain DEVERS, « L'articulation du règlement Bruxelles II bis et des autres règlements communautaires », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité*

Par ailleurs, la réglementation européenne du droit conflictuel de la famille se voit opposer deux arguments autrement subversifs. Le premier, qui concerne l'ensemble du droit international privé européen, lui conteste, dans sa forme actuelle, tout fondement juridique. Une partie de la doctrine considère en effet que l'article 81 TFUE, permettant au législateur européen d'adopter « des mesures visant à assurer [...] la reconnaissance mutuelle entre les États membres des décisions judiciaires et extrajudiciaires et leur exécution [...] et] la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence », n'autorise pas plus que l'ancien article 65 TCE²⁷ l'adoption de règles *uniformes* de compétence internationale et de conflit de lois²⁸. Certains auteurs estiment au contraire que « la question a été tranchée [en sens inverse] par la réalité même du travail accompli, puis par les traités »²⁹, sans pour autant préciser le statut juridique qui pourrait être accordé à cette « réalité »³⁰, ni aborder *directement* le problème du décalage rémanent entre la terminologie employée en droit primaire – visant la « *compatibilité* des règles » – et le moyen mis en œuvre – leur *uniformisation*. D'autres, sans contourner l'écueil sémantique, justifient cette interprétation au moins compréhensive du traité par le recours au principe de l'effet utile³¹. D'autres enfin, constatant « les approximations de langage [...] fréquentes en droit communautaire »³², concluent : « il faut s'y résigner »³³.

Le second argument, plus spécifique, dénie une quelconque légitimité à l'uniformisation européenne du droit international privé de la famille. La critique transparaît parfois jusque dans la connotation négative du vocable employé pour désigner l'action européenne en la matière,

parentale, Hugues Fulchiron, Cyril Nourissat (dir.), Dalloz, 2005, pp. 123-136, spéc. pp. 123-124 ; Hugues FULCHIRON, « Le droit international privé de la famille en Europe : unité, diversité, complexité... », *Dr. fam.*, 2015, n° 4, dossier 13, pp. 18-19.

²⁷ Sur les limites imposées au législateur européen par l'article 65 TCE, voir notamment Christian KOHLER, « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam », *RCDIP*, 1998, pp. 1-30, spéc. pp. 19-21.

²⁸ En ce sens, voir Vincent HEUZÉ, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois », *JCP G*, 2008, n° 30, pp. 20-23 ; du même auteur, « Construction européenne, État de droit et droit international privé », in *Construction européenne et État de droit*, Vincent Heuzé, Jérôme Huet (dir.), Éditions Panthéon-Assas, 2012, pp. 123-134, spéc. pp. 125-127.

²⁹ Hugues FULCHIRON, « La construction d'un droit "européen" de la famille : entre coordination, harmonisation et uniformisation », *RAE*, 2014, pp. 309-317, spéc. p. 314. Pour une observation en ce sens, voir également Louis D'AVOUT, « La législation européenne de droit international privé : bref bilan d'une décennie (2000-2010) », *Revue de droit d'Assas*, 2012, n° 5, pp. 70-77, spéc. pp. 72-73.

³⁰ L'argument pourrait évoquer une coutume *contra legem*. Voir, contestant le bien-fondé d'un tel fondement, Vincent HEUZÉ, « Construction européenne, État de droit et droit international privé », *op. cit.*, pp. 128-129.

³¹ Karl KREUZER, « La communautarisation du droit international privé. Les acquis et les perspectives », in *Unifier le droit : le rêve impossible*, Louis Vogel (dir.), Éditions Panthéon-Assas, 2001, pp. 97-137, spéc. p. 134. Pour une argumentation similaire, voir Olivier REMIEN, « European private international law, the European Community and its emerging area of freedom, security and justice », *Common Market Law Review*, 2001, pp. 53-86, spéc. pp. 76-77.

³² Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE, « Le Traité de Lisbonne et le droit international privé », *JDI*, 2010, doct. 1, pp. 3-34, spéc. n° 5, p. 11.

³³ *Ibid.*

qualifiée d'« incursion »³⁴ ou d'« intrusion »³⁵. Nonobstant l'autonomie que le droit international privé a acquise, dans le traité de Lisbonne, vis-à-vis des nécessités du « bon fonctionnement du marché intérieur »³⁶, l'exercice par l'Union européenne d'une compétence finalisée, fût-elle incontestée, ne se justifierait pas dans ses modalités actuelles, au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité³⁷, compte tenu des liens étroits entre droit de la famille et culture³⁸. Cette critique doctrinale met ainsi en cause la justification du droit international privé de la famille européen à la fois sous l'angle des relations entre Union européenne et États membres, et sous celui des rapports entre les moyens mis en œuvre et les fins poursuivies.

3. En définitive, cette branche du droit fait l'objet d'orientations paradoxales qui nuisent à sa lisibilité autant qu'à ses perspectives. D'une part, alors que le caractère écrit³⁹ des règlements et leur centralisation au niveau de l'Union européenne peuvent inciter à envisager une codification de la matière⁴⁰, le bien-fondé de la réglementation européenne du droit

³⁴ Voir par exemple Laurence 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, n° 10, alerte 46, p. 2.

³⁵ Évoquant de manière générale « [l']intrusion du droit communautaire dans la sphère du statut personnel », voir Léna GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, LGDJ, 2001, xiv-382 p., spéc. n° 155, p. 102.

³⁶ Alors que l'article 65 TCE, issu du traité d'Amsterdam, subordonnait, en théorie, l'adoption de mesures en la matière à leur caractère « nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur », l'adjonction de l'adverbe « notamment » à la formulation de l'article 81 TFUE ne fait plus de ce critère qu'une finalité possible parmi d'autres.

³⁷ Ces principes, énoncés respectivement aux articles 5 § 3 et 5 § 4 TUE, régissent l'exercice des compétences de l'Union européenne.

³⁸ Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE, *op. cit.*, n° 22, pp. 25-26 ; de la même auteure, « L'improbable européanisation du droit international privé de la famille », *op. cit.*, p. 180 ; Léna GANNAGÉ, *op. cit.*, n°s 155-156, pp. 102-103 ; Hélène GAUDEMET-TALLON, « De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union européenne », *op. cit.* (l'auteure a par la suite affirmé que « [c]e qui paraît maintenant certain, c'est la nécessité d'avoir des règles de conflits de juridictions et de lois unifiées : il est essentiel que les intéressés sachent à quel tribunal s'adresser, que la loi appliquée au fond soit la même quel que soit le tribunal saisi, et que la décision rendue dans un État membre soit facilement reconnue dans un autre État membre » : Hélène GAUDEMET-TALLON, « Avant-propos », in *Vers un statut européen de la famille*, *op. cit.*, pp. 1-4, spéc. pp. 1-2. Il est intéressant de noter cependant, que c'est ici la seule opportunité de la solution mise en œuvre qui est soulignée par l'auteure, qui ne se prononce pas sur la validité du mode d'exercice des compétences. Le format, un avant-propos, ne se prêtait certes pas à de plus amples développements ; mais à moins que nécessité ne fasse loi, il semble qu'aucun élément postérieur à la formulation des objections précédemment soulevées par l'auteure ne soit de nature à les lever) ; Myriam HUNTER-HÉNIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, 601 p., spéc. p. 536.

³⁹ Qualifiant la dimension écrite de « prémisses ou accompagnement de toute codification », voir Hervé LÉCUYER, « La codification du droit international privé », *RJOI*, 2004, pp. 63-76, spéc. n° 2, p. 63.

⁴⁰ La codification du droit international privé a été explicitement définie comme un objectif potentiel des institutions européennes par la Commission dans son Agenda en matière de justice pour 2020 (Commission européenne, Communication 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, 11 mars 2014, COM(2014) 144 final, spéc. point 4, p. 6 et point 4.2, p. 9). Le droit de la famille n'est pas expressément visé par la Commission, qui évoque de manière générale la codification du « droit civil et commercial » ou « des règles en matière civile et commerciale ainsi qu'en matière de conflit de lois ». Néanmoins, compte tenu de l'objectif de cette codification (« faciliter la connaissance, la compréhension et l'application de la législation, l'amélioration de la confiance mutuelle ainsi que de la cohérence et de la sécurité juridique, tout en contribuant à la simplification et à la réduction des formalités administratives [, ...] en offrant cohérence législative et clarté aux citoyens et aux utilisateurs du droit en général » : *ibid.*), les questions relatives

international privé de la famille encourt encore aujourd'hui des critiques déterminantes. D'autre part, tandis que le choix de la technique mise en œuvre se confirme au fil de l'adoption des règlements successifs, l'impossibilité de réunir la totalité des États membres autour de la plupart de ces textes, que nous nous contentons d'évoquer à ce stade, empêche de voir dans cette constance la traduction d'une méthode éprouvée. La persistance de ces difficultés fondamentales, vingt ans après la première manifestation du droit international privé de la famille européen et tandis que l'activité législative connaît un moment de relâche⁴¹, engage à conduire à ce sujet une réflexion d'ensemble.

L'objet de cette étude est dès lors de procéder à une analyse méthodologique de la construction du droit international privé de la famille européen. Il s'agit de comprendre les rapports que la réglementation européenne en la matière entretient avec ses fondements et ses objectifs, pour en évaluer la cohérence interne. À cette fin, il est nécessaire de préciser le domaine de l'étude, ainsi que la démarche adoptée.

4. Définition du droit international privé de la famille européen. – Si le droit international privé de la famille européen a émergé tardivement dans le processus d'intégration européenne, la référence à cette branche du droit, non plus que son caractère désormais déterminant, ne surprennent plus guère. Il n'en reste pas moins que la définition de la matière demeure malaisée, en dépit des nombreuses études qui lui sont désormais consacrées⁴².

au droit conflictuel de la famille semblent pouvoir être comprises dans le champ de la codification. Certains auteurs considèrent, en ce sens que l'adoption, dans le cadre de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, de textes en matière civile et commerciale puis en matière familiale « laisse présager à terme une véritable codification dont l'aboutissement affecterait profondément le droit international privé national des États membres » (Marc FALLON, Paul LAGARDE, Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, « Avant-propos », in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Marc Fallon, Paul Lagarde, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), Dalloz, 2009, pp. vii-ix, spéc. p. vii. Le propos est confirmé au sein du même ouvrage par l'un de ses directeurs scientifiques : Marc FALLON, « Les conditions d'un code européen de droit international privé », in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, op. cit., pp. 1-34, spéc. p. 33. Voir également, Jean-Sylvestre BERGÉ, Delphine PORCHERON, Gustavo VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, V° « Droit international privé et droit de l'Union européenne », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, avril 2017, spéc. n° 40 et n°s 112-184 et notamment n° 138 ; et, affirmant que « [m]ême si elle peut dans son ensemble paraître encore désordonnée, dans l'attente d'une codification rationalisant l'ensemble sur le fond et en la forme, la législation européenne de droit international privé, adoptée en une décennie, constitue un système en cours d'élaboration – un "work in progress" au perfectionnement duquel chacun peut participer », Louis D'AVOUT, op. cit., p. 74).

⁴¹ Le Conseil européen affirme ainsi 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 existants » : Conclusions du Conseil européen des 26 et 27 juin 2014, EUCO 79/14, spéc. point 3, p. 2.

⁴² Le droit international privé de la famille européen fait l'objet de multiples thèses de doctorat depuis le début des années 2000, parmi lesquelles : Samuel FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, th. dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 2017, 498 p. ; Amélie PANET, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, th. dactyl., Université Jean Moulin Lyon III, 2014 ; Silvia PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen : de l'émergence d'un droit fondamental à l'élaboration d'une méthode européenne de la reconnaissance*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 714 p. ; Lukas RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, th. dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 2015, 819 p. ;

5. Choix de l'adjectif « européen ». – Il convient d'éliminer d'emblée l'ambiguïté terminologique entourant l'adjectif « européen », sous peine de nuire à la clarté des développements ultérieurs et de négliger des difficultés propres à cette caractérisation. Dans notre étude, ce terme se réfère, sauf précision contraire⁴³, à l'Union européenne. Ce choix nous paraît appeler deux précisions supplémentaires.

D'une part, il n'implique pas de cantonner strictement nos développements au droit international privé de la famille produit par les seules institutions de l'Union européenne. La naissance de ce droit s'est en effet nourrie des difficultés posées par les droits conflictuels internes des États membres, avec lesquels il s'articule aujourd'hui, et par leur diversité : de ces éléments a été déduite l'inadaptation des droits internes au contexte de l'intégration européenne. Pourtant, leur connaissance s'avère nécessaire à la compréhension et à l'analyse des objectifs du droit de l'Union en la matière et des difficultés qui désormais s'y font jour. Ainsi, outre des références synchroniques au droit comparé, l'étude diachronique du droit international privé de la famille français permettra de mesurer la spécificité et le bien-fondé du droit international privé de la famille européen. Par ailleurs, du fait de la multiplicité et de l'enchevêtrement des sources du droit conflictuel, et de l'influence des droits fondamentaux sur leur réglementation, des développements seront consacrés aux relations de la matière avec le droit résultant de la Convention européenne des droits de l'homme et de son interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme.

D'autre part, tout en préservant l'écriture des pesanteurs auxquelles conduirait la mention réitérée de « l'Union européenne », le choix de l'adjectif « européen » s'ensuit logiquement de l'affirmation selon laquelle « [l']Union se substitue et succède à la Communauté européenne »⁴⁴ depuis le traité de Lisbonne. La disparition de cette dernière entité commande ainsi l'abandon du qualificatif « communautaire ». Devant la généralité de l'adjectif « européen » et en l'absence d'un vocable spécialement forgé pour s'adapter à la nouvelle

Angélique THURILLET-BERSOLLE, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, th. dactyl., Dijon, Université de Bourgogne, 2011, 597 p. ; Salma TRIKI, *La coordination des systèmes juridiques en droit international privé de la famille*, th. dactyl., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2013, xii-589 p. ; Solange VIGAND, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, th. dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 2005, 517 p. Outre de nombreux articles, plusieurs ouvrages collectifs ont également été consacrés à l'étude de ce domaine, dans sa globalité ou s'agissant de questions particulières : Sabine CORNELOUP (dir.), *Droit européen du divorce*, LexisNexis, 2013, xv-777 p. ; Hugues FULCHIRON, Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, 276 p. ; Georges KHAIRALLAH, Mariel REVILLARD (dir.), *Perspectives du droit des successions européennes et internationales*, Defrénois, 2010, 209 p. ; Amélie PANET, Hugues FULCHIRON, Patrick WAUTELET (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 300 p.

⁴³ Certains développements ne pourront ainsi faire l'impasse sur une référence à la Convention et à la Cour européennes des droits de l'homme, qui relèvent du Conseil de l'Europe.

⁴⁴ Article 1^{er} § 3, *in fine*, TUE.

réalité institutionnelle, l'attrait pour le terme « communautaire » peut certes rester vif. Mais la charge sémantique qu'il véhicule, en tant qu'elle obscurcit l'analyse, achève de dissuader d'y avoir recours. Il convient, pour s'en apercevoir, de retracer brièvement l'évolution qu'a connue la coopération judiciaire en matière civile dans les traités européens.

En effet, c'est « [a]fin de mettre en place progressivement un espace de liberté, de sécurité et de justice » que l'article 61, *littera c* TCE, issu du traité d'Amsterdam, prévoit l'adoption de « mesures dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile, visées à l'article 65 ». Parmi elles figurent les actes qui concernent le droit international privé. À cette époque, l'espace de liberté, de sécurité et de justice ne fait l'objet ni d'une définition, ni d'une caractérisation précises. Ainsi, son établissement constitue un objectif de l'Union européenne en vertu de l'article 2 § 1, quatrième tiret TUE, sans pour autant figurer explicitement parmi les missions de la Communauté énumérées à l'article 2 TCE alors même que sa mise en œuvre relève de ce traité. De même, l'article 2 TUE conçoit l'espace de liberté, de sécurité et de justice comme un espace « 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 ». Il ne vise donc pas explicitement la coopération judiciaire en matière civile, contrairement à l'article 61 TCE qui répertorie les domaines dans lesquels le Conseil peut adopter des mesures pour « mettre en place progressivement » cet espace. La raison de ces approximations semble devoir être trouvée dans les liens que l'espace de liberté, de sécurité et de justice entretient alors avec le marché intérieur. Si le premier a pu être conçu comme « une étape clé dans l'élaboration d'une Europe plus proche de ses citoyens »⁴⁵, sa traduction juridique l'a placé directement sous la dépendance du marché intérieur et de sa composante de libre circulation des personnes. L'intitulé du titre IV du traité instituant la Communauté européenne, qui s'ouvre sur l'article 61, en atteste : « Visas, asile, immigration et *autres politiques liées à la libre circulation des personnes* »⁴⁶. Dès lors, il n'est pas surprenant que l'article 65 TCE conditionne l'adoption de mesures relatives à la coopération judiciaire en matière civile, et notamment au droit international privé de la famille, aux nécessités du bon fonctionnement du marché intérieur. Sous le régime de la Communauté européenne, « [i]l s'agissait pour l'Europe de se construire

⁴⁵ Anne MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, V^o « Espace de liberté, de sécurité et de justice », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, avril 2017, n^o 1.

⁴⁶ C'est nous qui soulignons.

par le droit »⁴⁷ ; la « justice » est alors bien plus conçue comme un instrument du marché intérieur qu'en elle-même.

Il faut attendre l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne pour que la coopération judiciaire en matière civile et donc le droit international privé de la famille européen ne soient plus subordonnés aux nécessités du bon fonctionnement du marché intérieur. Désormais, conformément aux articles 3 TUE et 67 TFUE, la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice constitue un objectif autonome de l'établissement du marché intérieur, et dont la préséance a voulu être signifiée symboliquement par un énoncé prioritaire parmi les objectifs des traités⁴⁸. Si les deux espaces conservent des liens, leur distinction a instauré, en droit primaire, un équilibre nouveau entre les différentes composantes de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, et en particulier entre la liberté et la justice, la première ne représentant plus un objectif de la seconde, mais un « *postulat* »⁴⁹. Le changement de perspective est radical. Il permet, théoriquement, de ne plus envisager les normes de droit « soit comme des instruments, soit comme des entraves »⁵⁰, mais de « repenser la construction européenne à partir des normes de droit »⁵¹, de « s'intéresser à l'*Europe du droit* »⁵². La rupture du lien entre marché intérieur et droit international privé de la famille européen issue du traité de Lisbonne donne ainsi à la matière une dimension originale qui ne peut être rapportée à celle que lui accordait le droit communautaire. Elle plaide dès lors pour l'emploi de l'adjectif « européen ».

6. Droit international privé. – Il convient de noter cependant que, fidèle à une démarche fonctionnaliste, le droit de l'Union européenne emploie peu l'expression « droit international privé de la famille » pour désigner les règles qu'il élabore en la matière⁵³. La référence au

⁴⁷ Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, « Le défi de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, pp. 581-599, spéc. p. 582. C'est nous qui soulignons.

⁴⁸ L'espace de liberté, de sécurité et de justice est visé à l'article 3 § 2 TUE, le marché intérieur, à l'article 3 § 3 TUE.

⁴⁹ Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, « La priorité de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et l'élaboration d'un code européen de droit international privé », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Marc Fallon, Paul Lagarde, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2011, pp. 51-67, spéc. p. 52. C'est nous qui soulignons. Voir également, percevant ce changement dès le traité d'Amsterdam et considérant que « l'espace judiciaire européen apparaît aujourd'hui comme une composante à part entière d'une notion plus large : celle d'espace de liberté, de sécurité et de justice », Yves GAUTIER, V^o « Espace judiciaire européen », in *Dictionnaire de la Justice*, Loïc Cadiet (dir.), PUF, 2004, pp. 437-443, spéc. p. 437.

⁵⁰ Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, « Le défi de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », *op. cit.*, p. 588.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 590.

⁵² *Op. cit.*, p. 587.

⁵³ Voir cependant, exposant sous le titre « règles de droit international privé », les règles adoptées et les projets relatifs à la compétence internationale, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions, et au conflit de lois : Commission européenne, Livre vert Obligations alimentaires, 15 avril 2004, COM(2004) 254 final, point 5, pp. 14-35. Voir également, soulignant la volonté de répondre aux « questions de droit international privé rencontrées par les couples », le considérant 6 du règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

« droit international privé » concerne généralement les règles de droit commun des États membres avec lesquelles une articulation est envisagée⁵⁴. Il est donc nécessaire d'en préciser la définition retenue, en analysant le droit de l'Union à l'aune d'une définition doctrinale qui, en France, fait largement consensus.

En effet, la doctrine française considère traditionnellement que le droit international privé s'entend, *lato sensu*, du « droit spécial, applicable aux personnes privées impliquées dans des relations juridiques internationales »⁵⁵. La complexité de parvenir à une définition du caractère international d'une relation à partir de l'identification des éléments d'extranéité pertinents incite à considérer « la relation internationale privée comme celle qui est susceptible de mettre en cause, par ses caractéristiques propres, plus d'un ordre juridique »⁵⁶. La matière peut alors être conçue comme un droit qui « s'efforce de résoudre les difficultés qui résultent du phénomène de la frontière [...], de la séparation du monde en États, conjuguée à l'existence de relations humaines dépassant le simple cadre étatique »⁵⁷. Il s'agit d'un droit « qui a vocation à tenir compte de la diversité des ordres juridiques à propos des relations entre personnes privées »⁵⁸. S'y rattachent quatre ou cinq questions – selon la présentation qui en est faite – classées en deux catégories dont l'étude est détachable. La première concerne la définition de la qualité et du statut du « sujet de droit »⁵⁹ impliqué dans une relation internationale. Elle comprend les questions relatives à la nationalité et à la condition des étrangers. La seconde s'intéresse à la réglementation du « rapport de droit »⁶⁰, de la relation privée elle-même. Elle comprend les questions relatives au conflit de lois et au conflit de juridictions, qui peut lui-même être scindé en deux, la compétence internationale directe des tribunaux se distinguant de l'effet des jugements étrangers. D'après la conception du droit international privé retenue, le conflit de lois désigne le problème que soulève la vocation concurrente de règles issues de deux

⁵⁴ Voir par exemple pour une articulation avec les règles de droit international privé commun des États membres s'agissant des questions préalables de statut personnel, les considérants 21 des règlements « Aliments », « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » ; du renvoi, l'article 11 du règlement « Rome III », le considérant 57 et l'article 34 du règlement « Successions », les articles 32 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » ; de la lutte contre la fraude à la loi, le considérant 26 du règlement « Successions » ; de la compétence des tribunaux, le considérant 38 et l'article 9 du règlement « Régimes matrimoniaux » ; s'agissant des dispositions transitoires, l'article 83 §§ 2 et 3 du règlement « Successions » ; s'agissant de l'articulation avec les règles de droit international privé contenues dans des conventions conclues par plusieurs États membres, les *litterae* a des articles 36 § 2 du règlement « Bruxelles II », 59 § 2 du règlement « Bruxelles II bis », l'article 94 § 2 du règlement « Bruxelles II ter », le considérant 74 du règlement « Successions », le considérant 66 et l'article 62 § 3 du règlement « Régimes matrimoniaux ».

⁵⁵ Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *Droit international privé*, LGDJ, 12^{ème} éd., 2019, 790 p., spéc. n° 2, p. 26.

⁵⁶ Pierre MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. 327, 2003, pp. 1-378, spéc. n° 66, p. 85.

⁵⁷ Dominique BUREAU, Horatia MUIR WATT, *Le droit international privé*, PUF, 2009, 128 p., spéc. p. 1.

⁵⁸ Pierre MAYER, *op. cit.*, n° 64, p. 80.

⁵⁹ Dominique BUREAU, Horatia MUIR WATT, *op. cit.*, pp. 5-9.

⁶⁰ *Op. cit.*, pp. 9-12.

ou plusieurs ordres juridiques étatiques à régir une relation privée, et, par métonymie, les règles et méthodes destinées à le résoudre. La compétence internationale directe des tribunaux met en jeu la nécessité de « délimiter le domaine d'activité des juridictions du for par rapport à celui des juridictions étrangères »⁶¹. L'effet des jugements étrangers, enfin, renvoie à la question de savoir quelle efficacité, *i.e.* quelle valeur normative, le juge du for doit accorder à une décision étrangère.

C'est à cette seule seconde catégorie, relative à la réglementation de la relation privée compte tenu de la diversité des ordres juridiques étatiques, que se circonscrit, dans notre étude, la notion de droit international privé. Toute référence au droit de la nationalité et à la condition des étrangers ne sera pas exclue pour autant. Ceux-ci peuvent en effet avoir sur la réglementation des conflits de juridictions et de lois une incidence directe qui ne sera pas éludée. En droit de l'Union européenne cependant, l'étude distincte de ces catégories semble aisée. Le droit de la nationalité relève en effet de la compétence exclusive des États membres⁶². La condition des étrangers, quant à elle, fait l'objet, au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, des « Politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration » nettement disjointes de la coopération judiciaire en matière civile qui concentre l'essentiel du droit international privé de la famille européen.

Les règles relatives à la coopération judiciaire en matière civile ne constituent certes pas l'unique source du droit conflictuel européen. La Cour de justice a ainsi pu se fonder sur le droit à la libre circulation et au libre séjour des personnes garanti par l'article 21 TFUE pour proposer une méthode de résolution du conflit de lois perçu comme une entrave⁶³. Mais sa jurisprudence

⁶¹ Pierre MAYER, *op. cit.*, n° 64, p. 81.

⁶² Ce principe, issu du droit international coutumier et bien établi en droit international (CJPI, avis consultatif n° 4, 7 février 1923, *Différend entre la France et la Grande-Bretagne au sujet des décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*, *Rec. CPJI, Série B*, n° 4, p. 7, spéc. p. 24 ; CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm*, *Rec. CIJ*, 1955, p. 4, spéc. p. 20), a été confirmé par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff. C-369/90, *Rec.*, 1992, p. I-4239, spéc. point 10 ; *RTD eur.*, 1992, p. 687, chron. J. G. HUGLO ; *RGDIP*, 1993, p. 107, note D. RUZIE ; *JDI*, 1993, p. 430, note M.-C. BOUTARD-LABARDE). La Cour de justice considère cependant que cette compétence « doit être exercée dans le respect du droit communautaire » (*ibid.*) et a ainsi pu limiter le pouvoir souverain des États membres en matière de retrait de naturalisation lorsque ce dernier entraîne la perte du statut de citoyen européen (CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08, *Rec.*, 2010, p. I-01449, spéc. points 55-56 ; *AJDA*, 2010, p. 937, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT ; *D.*, 2010, p. 2868, obs. O. BOSKOVIC ; *RCDIP*, 2010, p. 540, note P. LAGARDE ; *RSC*, 2010, p. 709, chron. L. IDOT ; *RTD eur.*, 2010, p. 599, chron. L. COUTRON ; *ibid.*, p. 617, chron. É. PATAUT ; *Rev. UE*, 2013, p. 45, chron. E. SABATAKAKIS ; *Europe*, 2010, étude 7, J. HEYMANN).

⁶³ La jurisprudence de la Cour de justice construit ainsi progressivement une méthode de la reconnaissance des situations, principalement en matière de nom de famille : CJCE, Gr. ch., 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, *Rec.*, 2008, p. I-7639 ; *RCDIP*, 2009, p. 80, note P. LAGARDE ; *JDI*, n° 1, 2009, comm. 7, p. 203, note L. D'AVOUT ; CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *Rec.*, 2010, p. I-13693 ; *RTD civ.*, 2011, p. 98, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.*, 2011, p. 571, obs. É. PATAUT ; CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn*, aff. C-391/09, *Rec.*, 2011, p. I-3787 ; *AJ fam.*, 2011, p. 332, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *Constitutions*, 2011, p. 332, obs. A. LEVADE ; *RTD civ.*, 2011, p. 507, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.*, 2011, p. 571, obs. É. PATAUT ; *ibid.*, 2012, p. 405, obs. F. BENOÎT-ROHMER ; *Europe*, 2011, n° 238, note D. SIMON ; *Rev. UE*, 2013, p. 313, chron. E. SABATAKAKIS ; CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, aff. C-438/14 ; *RCDIP*, 2017, p. 278, note

en la matière reste incertaine, en particulier quant à sa portée en matière familiale. Le droit international privé de la famille européen repose donc principalement sur les mesures adoptées dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile, sur le fondement de l'article 81 §§ 2 et 3 TFUE, pour assurer la reconnaissance mutuelle des décisions et la compatibilité des règles de conflit de lois et de compétence.

7. Droit de la famille. – L'article 81 § 3 TFUE impose une procédure particulière, héritée du traité de Nice⁶⁴, pour l'adoption des « mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière » : l'unanimité des votes au Conseil après avis du Parlement européen, plutôt que la majorité qualifiée et la codécision. Dès lors, il aurait été permis d'attendre du droit de l'Union une définition du droit de la famille, afin de déterminer la procédure à mettre en œuvre. Pourtant, il n'en est rien. Cette abstention trouve sans doute son origine dans la combinaison de deux facteurs. D'une part, alors même qu'elle représente « dans l'organisation de la vie sociale, le groupement fondamental »⁶⁵, définir la famille est une opération complexe, en raison de la variété des situations qu'elle embrasse. Ainsi, juridiquement, elle est moins appréhendée en elle-même, en tant que groupe, qu'au travers des liens qui la constituent, l'alliance et la parenté – ou plus largement désormais, le couple et la parentalité –, et des conséquences personnelles et patrimoniales qui en découlent⁶⁶. D'autre part, le droit matériel de la famille relève, en droit de l'Union européenne, de la compétence des États membres, chacun en ayant dès lors sa propre conception. Une définition générale du « droit de la famille ayant une incidence transfrontière » par les institutions européennes risque ainsi d'empiéter sur le domaine de compétence de ces États. La notion de droit international privé de la famille européen est donc façonnée au gré des règlements adoptés et des décisions rendues, qui en viennent même à véhiculer une certaine conception de la famille⁶⁷.

L. RASS-MASSON ; *AJ fam.*, 2016, p. 392, obs. M. SAULIER ; *RTD civ.*, 2016, p. 820, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.*, 2016, p. 648, obs. É. PATAUT ; *Europe*, 2016, comm. 261, obs. D. SIMON ; CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, aff. C-541/15 ; *D.*, 2018, p. 966, obs. S. CLAVEL, F. JAULT-SESEKE ; *RCDIP*, 2017, p. 549, note P. HAMMJE ; *RTD eur.*, 2017, p. 589, obs. É. PATAUT ; *Europe*, 2017, comm. 18, note D. SIMON. Plus récemment néanmoins, la méthode a été appliquée en matière de validité d'un mariage, dans le cadre d'une question relevant du droit au séjour : CJUE, Gr. ch., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16 ; *AJDA*, 2018, p. 1603, chron. P. BONNEVILLE, E. BROUSSY, H. CASSAGNABÈRE, C. GÄNSER ; *AJ fam.*, 2018, p. 404, obs. G. KESSLER ; *D.*, 2018, p. 1674, note H. FULCHIRON, A. PANET ; *RTD eur.*, 2018, p. 673, obs. É. PATAUT ; *RTD civ.*, 2018, p. 858, obs. L. USUNIER ; *JCP G*, 2018, p. 874, note G. WILLEMS ; *Dr. fam.*, 2018, comm. 199, note J.-R. BINET. Sur cette méthode, voir *infra*, n^{os} 276-297.

⁶⁴ L'article 67 § 5, deuxième tiret TCE prévoit que la procédure de codécision s'applique s'agissant des mesures relatives à la coopération judiciaire en matière civile, « à l'exclusion des aspects touchant le droit de la famille ».

⁶⁵ Patrick COURBE, Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Sirey, 7^{ème} éd., 2017, xiv-586 p., spéc. n^o 1, p. 1.

⁶⁶ Sur l'absence de définition juridique de la famille et son traitement en droit français, voir notamment Patrick COURBE, Adeline GOUTTENOIRE, *op. cit.*, n^o 10, p. 5 ; Dominique FENOUILLET, *Droit de la famille*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2019, vi-627 p., spéc. n^o 2, pp. 1-2 et n^{os} 12-19, pp. 10-17 ; Jean-Jacques LEMOULAND, V^o « Famille », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, septembre 2015, n^{os} 10-37 ; Judith ROCHFELD, V^o « La famille », in *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, pp. 109-114.

⁶⁷ Sur les conceptions matérielles véhiculées par le droit international privé de la famille européen, voir *infra*, n^{os} 231-244.

Ces textes sont aujourd'hui nombreux, qui proposent des règles relatives à la « loi applicable », à la « compétence » et à « la reconnaissance et [à] l'exécution des décisions »⁶⁸ dans presque tous les domaines, néanmoins partiellement couverts, du droit de la famille. Les règlements « Bruxelles II », puis « Bruxelles II *bis* »⁶⁹ et bientôt « Bruxelles II *ter* »⁷⁰ se sont ainsi succédé pour régir les conflits de juridictions en matière matrimoniale (annulation du mariage, séparation de corps, divorce) et de responsabilité parentale. S'y ajoute, s'agissant de la séparation de corps et du divorce, le règlement « Rome III » qui détermine la loi applicable. Les autres règlements adoptés en matière familiale sont des textes dits « complets », qui gouvernent à la fois la résolution des conflits de lois et celle des conflits de juridictions. Ainsi des règlements qui s'appliquent désormais en matière d'obligations alimentaires (ci-après « règlement "Aliments" »)⁷¹, en matière successorale (ci-après « règlement "Successions" »)⁷², en matière de régime matrimoniaux (ci-après « règlement "Régimes matrimoniaux" »)⁷³ et en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (ci-après « règlement "Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés" »)⁷⁴. L'énumération de ces textes met en évidence une appréhension large de la matière familiale, qui en inclut les dimensions personnelle et patrimoniale.

Toutefois, la question de la conception européenne de la matière familiale est plus complexe que cet inventaire ne le suggère. L'absence de définition du droit de la famille et l'impossibilité d'en proposer une entraînent, en orientant vers une démarche du « coup par coup », un risque d'instrumentalisation de la matière, qui s'est manifesté dans le cadre du processus d'adoption du règlement « Aliments ». À cette occasion, la Commission a certes reconnu la « nature familiale » des obligations alimentaires et, par suite, que toute mesure s'y

⁶⁸ Cette terminologie est celle de l'ensemble des règlements européens de droit international privé de la famille.

⁶⁹ 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, JOUE, n° L 338/1, 23 décembre 2003.

⁷⁰ Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte), JOUE, n° L 178/1, 2 juillet 2019. Le règlement « Bruxelles II *ter* » sera applicable à partir du 1^{er} août 2022 (article 105 § 2).

⁷¹ 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, JOUE, n° L 7/1, 10 janvier 2009.

⁷² 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, JOUE, n° L 201/107, 27 juillet 2012.

⁷³ Règlement (UE) 2016/1103 du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, JOUE, n° L 183/1, 8 juillet 2016.

⁷⁴ Règlement (UE) 2016/1104 du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, JOUE, n° L 183/30, 8 juillet 2016.

rapportant « "touche" au droit de la famille, au sens de l'article 67 § 5 second tiret [TCE] »⁷⁵, soumise en tant que telle à l'unanimité. Mais elle a estimé que « [c]ette conclusion, bien que juridiquement inéluctable, n'est pas satisfaisante »⁷⁶ et qu'au travers de cette question « le cœur des relations familiales [n']est [pas] visé »⁷⁷. Aussi, la Commission a considéré nécessaire « de prendre en compte la nature hybride du concept même d'obligation alimentaire – familial par ses racines, mais pécuniaire dans sa mise en œuvre, comme n'importe quelle créance »⁷⁸, pour proposer l'adoption de la proposition selon la procédure de codécision, comme le permettait alors la passerelle prévue par l'article 67 § 2 TCE. La suggestion est restée vaine. Elle renseigne néanmoins non seulement sur la liberté dont l'institution se sent investie vis-à-vis de la lettre des traités, dont elle s'estime légitime à questionner l'opportunité en dehors de toute procédure de révision, mais aussi sur l'approche instrumentale du droit de la famille que la Commission adopte et qui a finalement triomphé lors de l'adoption du règlement « Successions ».

Ce texte a en effet été adopté sur le fondement de l'article 81 § 2 TFUE, selon la procédure de codécision, et non en vertu de l'article 81 § 3 TFUE applicable en matière familiale. La Commission a considéré, avec succès, que les « aspects patrimoniaux prépondérants [...] et l]a finalité principale du droit successoral [qui] est de définir les règles de dévolution de la succession ainsi que de régler la transmission de la succession elle-même »⁷⁹ devaient conduire à rattacher la question à la matière civile et commerciale, et non au droit de la famille. Une telle qualification exclut de façon sommaire la dimension familiale du droit des successions, alors même que les fondements mixtes de la matière, « à l'intersection du droit des personnes et de la famille, d'une part, du droit des biens, d'autre part, et enfin de celui des actes juridiques »⁸⁰, sont admis par la Commission elle-même⁸¹. Ce choix est sans doute contestable sur le fond, une partie de la doctrine réfutant le caractère secondaire de l'aspect familial du droit des successions et soulignant qu'historiquement « l'héritage était à la fois "l'emblème de la permanence du groupe familial" et un moyen "d'entraide des générations" »⁸². Il nous importe

⁷⁵ Commission des Communautés européennes, Communication 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, 15 décembre 2005, COM(2005) 648 final, point 2, p. 5.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Communication précitée, point 2, p. 4.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Commission des Communautés européennes, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, 14 octobre 2009, COM(2009) 154 final, spéc. point 3.1, p. 3.

⁸⁰ Paul LAGARDE, V° « Succession », *Répertoire de droit international*, Dalloz, septembre 2015, n° 4.

⁸¹ Outre les aspects familiaux et patrimoniaux du droit des successions qu'elle évoque, la Commission souligne dans sa proposition le rôle important qu'y joue la volonté : Commission des Communautés européennes, Proposition précitée, *loc. cit.*

⁸² Serge BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation des successions internationales*, Dalloz, 2004, xvi-526 p., spéc. n° 32, p. 36, citant Michel Grimaldi, *Droit civil. Successions*, Litec, 6^{ème} éd., 2001, 948 p., spéc.

moins cependant d'engager une telle discussion, que de mettre en évidence l'utilitarisme de la démarche qualificative adoptée, dictée par la volonté de soustraire la question à l'unanimité des votes au Conseil⁸³. Le résultat ne paraît pourtant pleinement défendable ni aux yeux de la doctrine⁸⁴, ni même, comme l'a très justement relevé un auteur, à ceux de la Commission⁸⁵.

Compte tenu de l'importance des considérations familiales en matière successorale et de l'intérêt significatif que revêt la démarche de la Commission du point de vue de l'étude de la construction du droit international privé de la famille européen, cette étude intègre dès lors, aux côtés des questions relatives à la définition des liens familiaux et à leurs conséquences personnelles, l'ensemble du droit patrimonial de la famille, successions comprises, dans le champ de son analyse. Se concentrant principalement sur la réglementation applicable aux questions conflictuelles de fond, elle exclut en revanche l'examen de la circulation des documents publics, qui fait l'objet d'une réglementation au niveau de l'Union européenne⁸⁶.

8. Détérioration de la dynamique réglementaire. – Cette description de l'appareil réglementaire du droit international privé de la famille européen témoigne du dynamisme de l'approfondissement de la coopération judiciaire en matière civile au cours de la période 2000-2020. Dans cet intervalle, ouvert par l'adoption du règlement « Bruxelles II » et clôturé par celle du règlement « Bruxelles II *ter* », le mouvement n'a cependant pas été homogène.

La première des deux décennies concentre l'essentiel de l'activité normative en la matière. Outre l'adoption des règlements « Bruxelles II » et « Bruxelles II *bis* » en 2000 et 2003, « Aliments » en 2008 et « Rome III » en 2010, elle recouvre également la publication de

n° 28. Dans le même sens, soulignant les risques qu'un tel fondement fait peser sur la validité et l'application du règlement, voir Bernard AUDIT, Louis D'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 2018, 1213 p., spéc. n° 1146, pp. 953-954 : « Fondé sur l'article 81 § 2 c TFUE et adopté conjointement par le Parlement européen et le Conseil, ce dernier statuant à la majorité et non à l'unanimité comme il se doit en matière familiale, le règlement pourrait voir sa validité contestée au regard de la base de compétence et de la procédure suivie. Ou à tout le moins, le fait que le législateur européen estime être intervenu hors la matière familiale devrait laisser, aux autorités nationales, une certaine latitude dans l'articulation des institutions purement successorales et des règles nationales ayant un fondement familial ».

⁸³ Voir également en ce sens Lukas RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, *op. cit.*, n° 17, p. 14.

⁸⁴ La doctrine traite du règlement « Successions » comme de l'une des étapes de l'unification européenne du droit international privé de la famille. Voir notamment en ce sens Louis D'AVOUT, « La législation européenne de droit international privé : bref bilan d'une décennie (2000-2010) », *op. cit.*, p. 75 ; Sara GODECHOT-PATRIS, « Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfactions et craintes », *D.*, 2012, n° 37, pp. 2462-2469 ; Laurence IDOT, « Un nouvel exemple d'incursion du droit de l'Union européenne en droit international de la famille : le régime des successions transfrontières », *op. cit.*

⁸⁵ Lukas Rass-Masson remarque en effet que sur son site internet (https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/civil-justice_en), « la Commission elle-même [...] ne traite pas des successions au titre des "questions civiles et commerciales", mais ensemble avec les "questions familiales"... » : Lukas RASS-MASSON, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁶ Règlement (UE) 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012, JOUE, n° L 200/1, 26 juillet 2016.

la proposition de règlement en matière successorale, intervenue en 2009⁸⁷. Les propositions de règlements « Régimes matrimoniaux »⁸⁸ et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés »⁸⁹ peuvent également s'y rattacher si l'on adopte de cette période une conception légèrement étendue : adoptées au premier trimestre de l'année 2011, leur préparation est pleinement ancrée dans la décennie 2000-2010⁹⁰. Celle-ci est donc marquée par une « très forte croissance » de la construction de l'espace judiciaire européen, quoique l'adoption du règlement « Rome III » par le biais de la coopération renforcée et l'insertion dans ce texte et dans le règlement « Aliments » de dispositions traduisant les réserves nationales à l'uniformisation européenne⁹¹ en aient laissé transparaître un certain trouble qui se confirmera ultérieurement.

La seconde décennie donne en effet une image bien moins énergique de la coopération judiciaire en matière familiale. Elle a certes vu se concrétiser l'adoption des règlements « Successions », « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » et la refonte du règlement « Bruxelles II *bis* » par le règlement « Bruxelles II *ter* ». Mais les procédures suivies pour y parvenir et le contenu de ces textes mettent en lumière les écueils majeurs sur lesquels achoppe la construction du droit international privé de la famille européen. Chacun de ces textes en témoigne. Le règlement « Successions », d'abord, a dû être soustrait à l'unanimité des votes au Conseil pour être adopté⁹². Les règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », ensuite, ont fait l'objet d'une procédure mouvementée. Il a fallu attendre près de cinq ans après l'adoption des deux premières propositions par la Commission dans ces domaines le 16 mars 2011⁹³ pour que le

⁸⁷ Commission des Communautés européennes, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, précitée.

⁸⁸ Commission européenne, Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, 16 mars 2011, COM(2011) 126 final.

⁸⁹ Commission européenne, 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, 16 mars 2011, COM(2011) 127 final.

⁹⁰ Pour justifier la nécessité et la légitimité d'une action européenne en la matière, les deux propositions se réfèrent à des textes programmatiques adoptés au cours de la décennie 2000-2010 (Propositions précitées, point 1.1, p. 2) : Conseil, Projet de programme de mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance des décisions en matière civile et commerciale, JOCE, n° C 12/1, 15 janvier 2001 ; Conseil, Programme de La Haye : Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, 2005/C 53/01, JOUE, n° C 53/1, 3 mars 2005 ; Conseil européen, Programme de Stockholm. Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, JOUE, n° C 115/1, 4 mai 2010 ; Commission européenne, Rapport 2010 sur la citoyenneté de l'Union. Lever les obstacles à l'exercice des droits des citoyens de l'Union, 27 octobre 2010, COM(2010) 603 final.

⁹¹ Voir *infra*, n°s 370-380.

⁹² Malte s'est prononcée contre : Conseil de l'Union européenne, Résultats du vote. Règlement du Parlement européen et du Conseil 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, ST 11181/12 INIT, 11 juin 2012.

⁹³ Commission européenne, Propositions précitées.

Conseil conclue, après discussions en son sein et avis favorable du Parlement européen⁹⁴, à l'impossibilité de parvenir à un accord au niveau de l'Union dans un délai raisonnable⁹⁵. À la demande de dix-sept États membres, la Commission a présenté une proposition de décision du Conseil autorisant une coopération renforcée qui a été approuvée et finalement donné lieu à l'adoption des deux règlements le 24 juin 2016. Le règlement « Bruxelles II *ter* » du 25 juin 2019, enfin, est le fruit d'un processus de réforme du règlement « Bruxelles II *bis* » initié en 2005⁹⁶. Sans procéder dès à présent à une analyse comparée approfondie de ces deux textes⁹⁷, deux constats peuvent être formulés. D'une part, la période de quinze ans ayant précédé l'adoption du dernier règlement en date n'a visiblement pas été employée pour résoudre les difficultés nées du règlement « Bruxelles II *bis* » en matière matrimoniale⁹⁸, dont la réglementation demeure globalement inchangée dans le nouveau texte. D'autre part, le règlement « Bruxelles II *ter* » conduit à approfondir l'intégration en matière de responsabilité parentale, en offrant aux parties une faculté inédite de choix de la juridiction à saisir et en assouplissant un peu plus les conditions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des décisions ordinaires en la matière. Cette évolution intervient pourtant sans modification préalable des conditions dont elle est censée dépendre, en particulier, sans qu'il soit possible de constater un renforcement de la confiance mutuelle entre les États membres, et dans un contexte réglementaire qui semble au contraire traduire un recul de l'intégration en matière familiale⁹⁹. Le bilan qui peut, en définitive, être dressé de cette décennie 2010-2020 est dès lors bien moins flamboyant. La période s'est engagée sous les auspices du traité de Lisbonne, supposé consolider les fondements propres et redéfinir les objectifs de l'espace judiciaire européen, en particulier dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile, et notamment familiale. C'est pourtant un constat d'échec, ou du moins de remise en cause, des modalités de l'action européenne en la matière qui s'impose : depuis l'adoption du règlement « Rome III »,

⁹⁴ Parlement européen, Résolution législative du 10 septembre 2013 sur 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 (COM(2011)0126 – C7-0093/2011 – 2011/0059(CNS)), P7_TA(2013)0338 ; *ibid.*, Résolution législative du 10 septembre 2013 sur 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 (COM(2011)0127 – C7-0094/2011 – 2011/0060(CNS)), P7_TA(2013)0337.

⁹⁵ Conseil de l'Union européenne, Résultats de la 3433^{ème} session du Conseil Justice et affaires intérieures, 3 et 4 décembre 2015, ST 14937/15 INIT.

⁹⁶ Commission des Communautés européennes, Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce, 14 mars 2005, COM(2005) 82 final. Voir la proposition de règlement qui s'est ensuivie, qui inclut des règles de conflit de juridictions et des règles de conflit de lois, finalement scindées : Commission des Communautés européennes, 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, 17 juillet 2006, COM(2006) 399 final.

⁹⁷ Pour une telle analyse, voir *infra*, n°s 217, 320-324, 333-336, 502.

⁹⁸ Sur ces difficultés, résultant du caractère alternatif des chefs de compétence prévus par l'article 3 du règlement, voir *infra*, n°s 203, 216-217.

⁹⁹ Sur ces points, voir *infra*, n°s 320-324, 332-334.

l'Union européenne ne parvient plus à progresser unie par des réalisations d'ampleur en droit international privé de la famille. À la profusion des textes aux contours et à l'articulation malaisés à définir s'adjoint dès lors la multiplicité des espaces normatifs en matière familiale du fait de l'émergence de « cas d'applicabilité normative "à la carte" »¹⁰⁰, dans un « vouloir vivre », un « élan vital »¹⁰¹ dionysiaque dont on peine à percevoir la rationalité.

9. Définition de la cohérence. – Confronter le droit international privé de la famille européen au principe de cohérence participe de cette recherche de rationalité, comme le met en exergue la définition du principe de cohérence que nous retenons et qui doit à présent être précisée. La notion de cohérence est en effet de celles qui, jouissant d'une apparence trompeuse d'évidence, recouvrent en réalité des acceptions multiples qui conduisent à égarer le lecteur non averti lorsque le silence est gardé sur la spécificité d'un usage donné¹⁰². Baliser le chemin vers une meilleure compréhension du concept implique de constater dès l'abord que, dans le domaine juridique, la notion de cohérence est traversée par une *summa divisio*, qui impose de distinguer selon que le terme se rapporte au « comportement d'un individu [... ou aux] sources du droit »¹⁰³. Contrairement à ce que pourrait laisser croire la définition univoque de la cohérence retenue par certains auteurs¹⁰⁴, qui la réduisent à sa dimension strictement logique – au sens *mathématique* du terme –, cette démarcation ne répond pas à une volonté de

¹⁰⁰ Fabienne KAUFF-GAZIN, « L'espace de liberté, de sécurité et de justice : un laboratoire de la cohérence », in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Valérie Michel (dir.), Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, pp. 291-307, spéc. p. 293.

¹⁰¹ Sur ces notions et leurs liens dans les philosophies de Schopenhauer, de Bergson et de Nietzsche, voir François D'HAUTEFEUILLE, « Schopenhauer, Nietzsche et Bergson », *Archives de philosophie*, 1965, vol. 28, n° 4, pp. 553-566.

¹⁰² Sur la difficulté à définir le concept et les stratégies d'évitement dont il peut faire l'objet, voir Robert ALEXU, Aleksander PECZENIK, « The concept of coherence and its significance for discursive rationality », *Ratio Juris*, 1990, n° 2, pp. 130-147, spéc. pp. 130-131. Voir à titre d'exemple, pour des usages de la notion de cohérence sans définition synthétique préalable dans de nombreuses contributions, malgré son caractère central, et qu'il est en définitive souvent nécessaire de déceler entre les lignes, Marc FALLON, Paul LAGARDE, Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2009, x-198 p. ; voir cependant, au sein de cet ouvrage, pour une entreprise d'identification des diverses formes de cohérence étudiées, Fausto POCAR, « Quelques réflexions sur le choix des sous-catégories et des éléments de rattachement dans des textes de référence », *op. cit.*, pp. 69-76, spéc. n° 1, p. 70 ; Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et lois de police dans les textes de référence », *op. cit.*, pp. 93-118, spéc. p. 98.

¹⁰³ Yves LEQUETTE, « Préface », *op. cit.*, *loc. cit.* Voir également en ce sens Dimitri HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, t. I, 559 p., spéc. n° 57, p. 65 ; Delphine PORCHERON, *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, 336 p., spéc. n° 215, p. 129.

¹⁰⁴ Adrien COMPAIN, *La cohérence du droit judiciaire privé européen en matière civile et commerciale*, th. dactyl., Université de Nantes, 2012, 624 p., spéc. n° 6, p. 24 (dans des développements ultérieurs, l'auteur semble cependant retenir une acception plus large de la cohérence, identifiée comme la « propriété [du] droit impliquant que les règles qui le composent s'organisent selon un rapport ordonné et non-contradictoire, tant entre elles qu'à l'égard des principes qui les régissent » : *ibid.*, n° 8, p. 27) ; Dimitri HOUTCIEFF, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Jacques MESTRE, « L'exigence de cohérence », *RJ Com*, 2011, n° 3, pp. 221-245. Voir également, appréhendant la cohérence comme la stricte absence d'antinomies, Charles LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, 2001, pp. 19-39, spéc. p. 34.

classification excessive dépourvue de conséquences tangibles. La signification comme la valeur de la cohérence nous paraît varier d'un cas à l'autre.

10. Cohérence logique des comportements individuels. – Appliquée aux particuliers, la cohérence « stigmatise la contradiction d'un comportement »¹⁰⁵. Le principe de cohérence correspond alors à l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui¹⁰⁶. Objet d'une proposition doctrinale remarquée¹⁰⁷, ce principe émerge progressivement en droit français dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière contractuelle – où il est initialement rattaché au principe de bonne foi de l'ancien article 1134 § 3 du Code civil – ou procédurale – en tant que modalité de réception de l'*estoppel* du droit anglais, sanctionné sur le fondement de l'article 122 du Code de procédure civile¹⁰⁸. Peu à peu, c'est cependant un véritable principe général du droit qui est forgé¹⁰⁹, dont la définition, si elle reste à préciser, s'ancre sans doute possible dans un principe de non-contradiction. Il en va nous semble-t-il différemment lorsque la cohérence s'attache à l'évaluation non plus d'un comportement individuel, mais d'un ensemble normatif.

11. Cohérence systémique des ensembles normatifs. – Lorsqu'elle est appliquée aux normes juridiques, la notion de cohérence se réfère au caractère systématique du droit. Elle représente une propriété fondamentale du système juridique, entendu comme un ensemble organisé, en vue de la régulation des conduites sociales, de concepts et de normes considérés sous l'angle dynamique des relations qu'ils entretiennent entre eux¹¹⁰. Elle en est une « qualité

¹⁰⁵ Dimitri HOUTCIEFF, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰⁶ Sur cette définition, voir Dimitri HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, 2 vol., 1134 p. Voir également, en dehors du domaine juridique, André LALANDE, V° « Cohérence », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^{ème} éd., 2010, p. 146 : « Absence de contradiction et de disparate entre les parties d'un argument, d'une doctrine, d'un ouvrage. Ce mot évoque le terme opposé, *incohérence*, qui est presque synonyme de folie. Aussi ne marque-t-il d'ordinaire qu'un degré d'éloge médiocre. Il n'en est pas de même des mots anglais *coherency*, *coherence*, qui correspondraient plutôt à *cohésion*, ou *consistance* ».

¹⁰⁷ Dimitri HOUTCIEFF, *op. cit.*

¹⁰⁸ Voir notamment en matière contractuelle : Com., 8 mars 2005, *Bull. civ.*, IV, n° 44 ; *D.*, 2005, AJ, p. 883, obs. X. DELPECH ; *ibid.*, pan., p. 2843, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; Civ. 3, 28 janvier 2009, n° 07-20.891, *Bull. civ.*, 2009, III, n° 22 ; *D.*, 2009, p. 562 ; *ibid.*, p. 2008, note D. HOUTCIEFF ; *ibid.*, 2010, p. 224, chron. S. AMRANI-MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.*, 2009, p. 317, note B. FAGES ; *RDI*, 2009, p. 254, obs. Ph. MALINVAUD ; *RDC*, 2009, p. 999, obs. D. MAZEAUD ; *ibid.*, p. 1019, obs. G. VINEY ; Denis MAZEAUD, « La confiance légitime et l'*estoppel* », *RIDC*, 2006, vol. 58, n° 2, pp. 363-392 ; en matière procédurale : Ass. plén., 27 février 2009, n° 07-19.841, *Bull. Ass. plén.*, 2009, n° 1 ; *D.*, 2009, p. 723, obs. X. DELPECH ; *ibid.*, p. 1245, note D. HOUTCIEFF ; *JCP G*, 2009, II, 10073, note P. CALLÉ ; *RDC*, 2009, p. 1019, obs. G. VINEY ; Soc., 22 septembre 2015, n° 14-16.947, *Bull. soc.*, 2016, n° 244 ; *Dr. soc.*, 2015, p. 945, obs. J. MOULY.

¹⁰⁹ Voir, pour une solution rendue au visa du « principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui », Com, 20 septembre 2011, n° 10-22.888 ; *D.*, 2011, p. 2345, obs. X. DELPECH ; *ibid.*, 2012, p. 167, note C. MARÉCHAL ; *RTD civ.*, 2011, p. 760, note B. FAGES ; *JCP G*, 2011, p. 1250, note D. HOUTCIEFF ; *JCP E*, 2012, 1075, p. 44, comm. F. MEURIS.

¹¹⁰ Voir en ce sens Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, réed., 2002, 346 p., spéc. n° 21, p. 48 ; Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique. Fondamentale et appliquée*, PUF, 3^{ème} éd., 2018, xix-475 p., spéc. n° 8, p. 12 ; Jean COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », in *Le système juridique. Arch. phil. droit*, t. 31, 1986, pp. 85-105, spéc. p. 86 ; Raymond GASSIN, « Système et droit », *Revue de droit prospectif*, 1981, n° 3, pp. 353-365, spéc. p. 356 ; Éric MAULIN, « Cohérence et ordre

d'organisation »¹¹¹ essentielle qui dépasse la seule fermeté logique se traduisant juridiquement par la non-contradiction¹¹², et caractérise la *rationalité*¹¹³ d'un système. La doctrine anglo-saxonne, auprès de laquelle la notion a connu un succès certain¹¹⁴, en adopte, au travers de la théorie de la cohérence normative, une conception principalement herméneutique qui fait appel à une vision souple de la rationalité. Elle perçoit la cohérence comme la propriété d'un système normatif qui « fait sens »¹¹⁵ lorsqu'il est considéré « dans son ensemble »¹¹⁶, parce qu'il est justifié par « des principes et valeurs d'ordre supérieur »¹¹⁷. Si cette conception permet de

juridique », in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, op. cit., pp. 9-24, spéc. p. 10 ; Friedrich Carl VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, traduction française Alfred Dufour, PUF, 2006, vi-218 p., spéc. p. 74. Sur la multiplicité des acceptions de la notion de système en droit et leurs liens, voir Christophe GRZEGORCZYK, « Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », in *Le système juridique*, op. cit., pp. 281-301, spéc. pp. 282-287.

¹¹¹ Jean-Louis BERGEL op. cit., n° 9, p. 14.

¹¹² Relevant le caractère courant de la conception selon laquelle la non-contradiction est une condition nécessaire mais insuffisante pour caractériser la cohérence, voir Aldo SCHIAVELLO, « On "coherence" and "law" : an analysis of different models », *Ratio Juris*, vol. 14, 2001, n° 2, pp. 233-243, spéc. p. 236.

¹¹³ Voir en ce sens Aulis AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, traduction française Geneviève Warland, Bruxelles, Paris, E. Story-Scientia, LGDJ, 1992, 303 p., spéc. p. 237 ; Stefano BERTEA, « Looking for coherence within the European Community », *European Law Journal*, vol. 11, 2005, n° 2, pp. 154-172, spéc. p. 160 ; Neil MACCORMICK, « Coherence in legal justification », in *Theory of legal science*, Proceedings of the conference on legal theory and philosophy of science (Lund, Sweden, 11-14, 1983), Aleksander Peczenik, Lars Lindahl, Bert van Roermund (dir.), Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, 1984, pp. 235-251, spéc. p. 238 ; Éric MAULIN, op. cit., loc. cit.

¹¹⁴ Si, dans la doctrine francophone, plusieurs travaux ont récemment porté sur la cohérence du droit appliquée à des domaines plus ou moins larges (Emmanuel DECAUX, « L'impératif de cohérence, entre intégrité du système et efficacité du droit », in *La dynamique du système des traités de l'ONU en matière de droits de l'homme*, Emmanuel Decaux, Olivier de Frouville (dir.), Pedone, 2015, pp. 165-184 ; Charlotte DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, LGDJ, 2016, xiii-525 p. ; Clothilde GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, 2005, xiii-436 p. ; Jean-Baptiste HARELIMANA, *La défragmentation du droit international de la culture : vers une cohérence des normes internationales*, L'Harmattan, 2016, 773 p. ; Anne-Marie LEROYER, Emmanuel JEULAND (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004, vi-181 p. ; Valérie MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, 440 p.), la doctrine anglo-saxonne a investi de plus longue date le champ de la théorie du droit et développé une « théorie de la cohérence normative » dans des travaux nombreux et fondamentaux en lien avec la théorie de l'interprétation : Aulis AARNIO, *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*, Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, 1987, xix-276 p. (traduction française, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, op. cit.) ; Jack M. BALKIN, « Understanding legal understanding : the legal subject and the problem of legal coherence », *Yale Law Review*, vol. 103, 1993, pp. 105-176 ; Ronald DWORKIN, *Law's empire*, Londres, Fontana, 1986, xiii-470 p. (*L'empire du droit*, traduction française Elisabeth Soubrenie, PUF, 1994, 468 p.) (l'auteur se réfère à la notion d'« integrity », « intégrité ») ; Neil MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, 1996, 322 p. ; Joseph RAZ, « The relevance of coherence », *Boston University Law Review*, vol. 72, 1992, n° 2, pp. 273-321 ; Aldo SCHIAVELLO, op. cit. ; Vittorio VILLA, « Normative coherence and epistemological presuppositions of justification », in *Law, interpretation and reality. Essays in epistemology, hermeneutics and jurisprudence*, Patrick Nerhot (dir.), Dordrecht, Springer, 1990, pp. 431-455. Voir également Jaap HAGE, « Law and coherence », *Ratio Juris*, 2004, n° 1, pp. 87-105.

¹¹⁵ Neil MACCORMICK, « Coherence in legal justification », op. cit., p. 235 et p. 238 ; Aldo SCHIAVELLO, op. cit., p. 237.

¹¹⁶ Neil MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, op. cit., p. 181 ; Charalambos P. PAMBOUKIS, « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *RCADI*, vol. 330, 2008, pp. 9-474, spéc. n° 16, p. 44 ; Denys SIMON, « Rapport introductif. Cohérence et ordre juridique communautaire », in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, op. cit., pp. 25-40, spéc. pp. 30-31.

¹¹⁷ Neil MACCORMICK, « Coherence in legal justification », op. cit., p. 238.

souligner que la cohérence du système juridique lui confère son unité, l'étude de la *construction* du droit international privé de la famille européen nous incite cependant à adopter un point de vue quelque peu différent, centré sur les outils d'organisation du système, et donc sur les méthodes mises en œuvre, qui permettent de lui conférer sa cohérence et à l'appréhension desquels la philosophie et la sociologie du droit contribuent utilement.

L'*Encyclopédie philosophique universelle* précise ainsi que les qualités que doit réunir un système afin d'être considéré cohérent « peuvent être d'ordre logique (non-contradiction, consistance), matériel (homogénéité), [...] voire recourir à la finalité (intégration en fonction d'un projet) »¹¹⁸. Cette définition fait écho aux deux formes de rationalité juridique observées par la sociologie du droit dans le sillage de Max Weber. Le père de la sociologie allemande identifie en effet deux aspects de la rationalité du droit¹¹⁹. Le premier revêt une dimension théorique ou intellectuelle : en ce sens, « le rationnel constitue une propriété interne aux sphères de représentation (le droit [...] par exemple), résultat d'un effort de conceptualisation abstraite et de systématisation »¹²⁰ qui permet aux normes de « se laisse[r] déduire les unes des autres »¹²¹. Le second « s'attache à "la rationalisation au sens de la recherche méthodique d'un but pratique déterminé par un calcul toujours plus précis des moyens adéquats". Il s'agit ici de la rationalité *pratique*, celle qui apprécie le rationnel dans l'action suivant le degré de *calculabilité* du moyen eu égard à la fin poursuivie »¹²² ; cette action rationnelle en finalité (*zweckrational*) suppose une détermination rationnelle des moyens utilisés comme des fins poursuivies¹²³. Si une partie des interprètes de Weber semble considérer que l'auteur réserve le terme « cohérence » à la seule rationalité théorique et ainsi n'en retenir qu'une acception

¹¹⁸ Françoise MASSON, V^o « Cohérence », in *Encyclopédie philosophique universelle. II. Les notions philosophiques*, t. 1, Sylvain Auroux, André Jacob (dir.), PUF, 1990, p. 349. *Contra*, André LALANDE, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹⁹ Voir en ce sens Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, Québec, LGDJ, Presses universitaires de Laval, 1995, 258 p., spéc. pp. 27-28 et p. 48.

¹²⁰ *Op. cit.*, pp. 27-28.

¹²¹ Julien FREUND, *Études sur Max Weber*, Genève, Paris, Librairie Droz, 1990, 274 p., spéc. p. 249.

¹²² Michel COUTU, *op. cit.*, p. 28, citant « Die Wirtschaftsethik der Weltreligionen. Einleitung », in *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie I*, pp. 237-275, spéc. p. 266 (traduction française, Jean-Pierre Grossein, « Introduction à l'éthique économique des religions universelles, in *Archives de sciences sociales des religions*, 1992, vol. 77, pp. 139-167, spéc. p. 160). C'est l'auteur qui souligne.

¹²³ Michel COUTU, *op. cit.*, *loc. cit.*

strictement logique¹²⁴, il n'en va pas de même pour tous¹²⁵. Raymond Boudon distingue ainsi dans la pensée de l'auteur d'*Économie et société*, qu'il rejoint lui-même, « deux sens essentiels [de la notion de rationalité ...]. La cohérence *logique* décrit la validité et la compatibilité entre elles des propositions qui composent une théorie [...] ainsi que leur compatibilité avec le réel. La cohérence *téléologique* décrit la validité d'une théorie, d'une doctrine [...] par rapport à des objectifs pratiques »¹²⁶. La première correspond à la rationalité théorique ; la seconde, à la rationalité pratique.

Cette conception duale de la cohérence renvoie, dans le domaine juridique, à la complémentarité, notamment mise en lumière par Batiffol, entre « les raisonnements sur les principes et les raisonnements sur les fins »¹²⁷. Si « [c]e qui caractérise un système, c'est la *cohérence* des éléments qui le composent »¹²⁸, la prise en compte de la dimension téléologique de la cohérence aux côtés de sa dimension logique nous paraît s'imposer, compte tenu du caractère indissociable des principes et des fins en tant qu'ils déterminent la structure du système juridique¹²⁹. Aussi la cohérence, au sens de cohérence systémique, s'entend-elle, en définitive, d'une propriété du système juridique dans lequel les normes sont ordonnées rationnellement, en fonction des principes qui les régissent et des objectifs qu'elles poursuivent.

12. Un principe méthodologique. – Une telle définition ne renseigne toutefois en rien sur le statut et la valeur juridiques de la cohérence. À cet égard, il est permis de constater que « le

¹²⁴ Pour un usage de la notion de cohérence réduite à sa dimension logique par les commentateurs de la pensée de Max Weber, voir Michel COUTU, *op. cit.*, p. 27 ; Julien FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », in *Formes de rationalité en droit. Arch. phil. droit*, t. 23, 1978, pp. 69-92, spéc. p. 81 ; du même auteur, *Études sur Max Weber, op. cit.*, pp. 249-250 ; Luc HEUSCHLING, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », *Jus Politicum*, n° 8, 2012, spéc. II. A. 2°, [en ligne], consulté le 12 janvier 2020. URL : <http://juspoliticum.com/article/Le-relativisme-des-valeurs-la-science-du-droit-et-la-legitimite-Retour-sur-l-epistemologie-de-Max-Weber-619.html>.

¹²⁵ Voir notamment Jacques COENEN-HUTHER, « Les sociologues et le postulat de rationalité », *Revue européenne des sciences sociales*, t. XLVIII, 2010, n° 145, pp. 5-16, spéc. p. 6 ; Catherine COLLIOT-THÉLÈNE, « Retour sur les rationalités chez Max Weber », *Les Champs de Mars*, vol. 22, 2011, n° 2, pp. 13-30, spéc. p. 18.

¹²⁶ Raymond BOUDON, « La rationalité axiologique », in *La rationalité des valeurs*, Sylvie Mesure (dir.), PUF, 1998, pp. 13-57, spéc. p. 22 (c'est l'auteur qui souligne) ; voir également, citant Max Weber, *op. cit.*, p. 24.

¹²⁷ Henri BATIFFOL, « Analogies et relations entre les raisonnements sur les principes et les raisonnements sur les fins », in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, t. I, Bruxelles, Némésis, 1986, pp. 43-53 ; du même auteur, voir également *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, 519 p., spéc. pp. 469-503.

¹²⁸ Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, n° 8, p. 12.

¹²⁹ Henri BATIFFOL, « Analogies et relations entre les raisonnements sur les principes et les raisonnements sur les fins », *op. cit.*, p. 49 et p. 53. Voir également, Rober KOVAR, « Éloge tempéré de l'incohérence », in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence, op. cit.*, pp. 41-46, spéc. p. 42 ; estimant nécessaire de prendre en compte les objectifs du droit de l'Union européenne pour « assurer la coexistence efficace des normes en garantissant leur coordination », Denys SIMON, « Rapport introductif. Cohérence et ordre juridique communautaire », *op. cit.*, p. 35 ; et, considérant que, « [e]n tant que droit dérivé, le droit judiciaire européen en matière civile et commerciale doit [...] être compatible avec le droit primaire et servir les objectifs de l'Union » en vertu d'une cohérence verticale, sans pour autant intégrer explicitement les objectifs dans la définition de la cohérence, perçue comme « une propriété [du] droit impliquant que les règles qui le composent s'organisent selon un rapport ordonné et non-contradictoire, tant entre elles qu'à l'égard des principes qui les régissent », voir Adrien COMPAIN, *op. cit.*, n° 7 et n° 8, p. 27.

rationnel ne constitue qu'un aspect de la pensée juridique »¹³⁰. La cohérence ne représente dès lors ni un caractère immanent et immuable du système juridique, ni un « impératif absolu »¹³¹ ; au contraire, la doctrine a pu affirmer qu'« [i]l est [...] d'expérience que le droit qui dure est celui qui s'est bâti par voie d'approximations successives, *trial and error*, au contact des réalités concrètes »¹³². Une telle approche est cependant nécessairement limitée. Comme l'a souligné le doyen Batiffol, « [l]e conditionnement mutuel des solutions les unes par les autres [...] se manifestera, si on n'en tient pas compte, par la multiplication des difficultés, voire des incohérences, ou des résultats contraires à l'équité, comme tout organisme qui se défend contre un élément étranger inassimilable »¹³³. La cohérence du système juridique représente ainsi un facteur primordial d'intelligibilité¹³⁴ et de prévisibilité du droit, favorisant sa connaissance, sa compréhension, son anticipation¹³⁵, et prévenant l'arbitraire. Elle est donc essentielle non seulement à la sécurité juridique¹³⁶, mais aussi à la légitimité du système juridique en tant qu'instrument de régulation sociale¹³⁷, qui, par conséquent, « tend vers la cohérence »¹³⁸.

En tant que proposition fondamentale qui prétend guider et interroger l'élaboration et l'application du droit, en indiquant la *démarche*, le « cheminement »¹³⁹, *i.e.* la méthode à suivre, la cohérence d'un ensemble normatif s'apparente à un *principe méthodologique*¹⁴⁰. Le principe

¹³⁰ Enrique P. HABA, « Rationalité et méthode dans le droit », in *Formes de rationalité en droit*, *op. cit.*, pp. 265-293, spéc. p. 267. C'est l'auteur qui souligne.

¹³¹ Rober KOVAR, *op. cit.*, p. 41. Voir également Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, n° 22, p. 50.

¹³² Henri BATIFFOL, « Problèmes de base de philosophie du droit », *op. cit.*, p. 469.

¹³³ Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³⁴ Voir en ce sens, Éric MAULIN, *op. cit.*, p. 11 ; constatant que « si l'on veut que le droit remplisse sa mission pédagogique de régulation sociale, il faut qu'il soit lui-même pédagogue, et donc qu'il se garde des incohérences », voir Jacques MESTRE, *op. cit.*, p. 238 ; considérant qu'« il y a un fort besoin de cohérence, car la cohérence permet de percevoir le sens », voir Pierre MURAT, « Enjeu de structures sociales ou logiques de droits fondamentaux ? », in *La famille en mutation. Arch. phil. droit*, t. 57, Dalloz, 2014, pp. 285-300, spéc. n° 23, p. 292.

¹³⁵ Éric MAULIN, *op. cit.*, *loc. cit.* Voir également Michel COUTU, *op. cit.*, p. 29.

¹³⁶ Emmanuel DECAUX, *op. cit.*, p. 183.

¹³⁷ En ce sens, Éric MAULIN, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³⁸ *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

¹³⁹ Ainsi que le rappelle Jean-Louis Bergel, c'est, au sens étymologique, la définition de la méthode : Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, n° 1, p. 1.

¹⁴⁰ François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. IV, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1924, xxiii-265 p., spéc. n° 302, p. 146 : « Toute élaboration juridique, quelle qu'elle soit, est dominée par des opérations intellectuelles et par une méthodologie, basées sur les principes de la logique commune, avec un certain assouplissement commandé par la nature propre de l'objet à pénétrer : les règles juridiques » ; du même auteur, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. I, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1913, xiv-212 p., spéc. n° 39, pp. 112-113 : « [Ces opérations intellectuelles] se complètent au moyen de raisonnements et de procédés de pure logique, qui fécondent et développent les idées, une fois acquises, suivant les lois naturelles de l'esprit et les principes premiers directeurs de toute connaissance : induction, déduction, analyse, synthèse, comparaison, analogie. – Cette élaboration complexe tend à une *systématisation des notions et des règles juridiques*, qui apparaît, en même temps que le point d'aboutissement, comme le signe caractéristique de ce troisième stade des démarches de l'esprit juridique, *s'efforçant d'employer toutes ses ressources à dégager les formules qui étreignent, le plus objectivement possible, les idées et leurs rapports et à harmoniser ces formules en un ensemble cohérent, capable d'en faire un tout bien lié suivant les exigences les plus profondes de notre nature (système de droit)* » (c'est l'auteur qui souligne). Voir également Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, n° 9, p. 15 :

de cohérence guide la « réalisation méthodique »¹⁴¹ du droit en exprimant la nécessité de fonder le raisonnement sur des inférences et une analyse des moyens et des fins. Il conduit donc à soumettre le choix d'une solution juridique à un examen méthodologique reposant sur l'identification des principes et objectifs d'un système, l'analyse des conséquences à déduire des premiers et celle de l'adéquation des moyens mis en œuvre aux seconds.

En cela, le principe de cohérence auquel nous nous référons se distingue du principe de cohérence, *principe directeur du droit international privé*, mis en évidence par Marie-Claude Najm¹⁴². L'auteure définit les principes directeurs comme des « [p]rincipes théoriques fondamentaux qui sous-tendent les systèmes de droit international privé [...] et constituent une *systématisation*, d'origine doctrinale, des fondements et des finalités propres à cette discipline »¹⁴³. La différence peut paraître ténue, lorsque l'on observe que les principes directeurs « sont porteurs d'une supériorité *logique, rationnelle*, qui relève, en définitive de la conception même que l'on se fait du phénomène juridique »¹⁴⁴, et qu'ils « peuvent logiquement se voir reconnaître le rôle de gouverner l'élaboration des règles du droit international privé »¹⁴⁵. Elle est pourtant fondamentale : correspondant aux « principes généraux du droit international privé » sous la plume de Wengler¹⁴⁶, les principes directeurs du droit international privé donnent à la matière une orientation *matérielle* indirecte déterminée : étant donné qu'ils « fournissent [...] des *directives de solution* [...] et constituent] une *source d'inspiration* du droit »¹⁴⁷, ils « sont [...] ancrés dans le droit positif, mais *de manière indirecte et implicite*, à travers les règles et solutions dans lesquels ils s'incarnent »¹⁴⁸. Les rapports que ces principes entretiennent avec les fondements et objectifs du droit sont ainsi différents : alors que le principe méthodologique de cohérence commande de prendre en compte ces éléments, qu'il se contente d'*identifier*, lors de l'élaboration et l'application des règles de droit, « les principes directeurs *correspondent* [...] à la fois aux fondements rationnels des solutions et aux finalités

« L'assimilation du droit à un système ouvert et complexe comportant de nombreux sous-systèmes permet dès lors d'en dégager les inspirations et les finalités, la logique et la cohérence, les instruments et les procédés, sans négliger les réalités dont il procède et auxquelles il s'applique et sans le figer dangereusement. C'est en fonction de ces éléments que l'élaboration et l'application du droit peuvent s'opérer grâce à des méthodes appropriées ».

¹⁴¹ Sur cette notion, voir Henri MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, réed., 2002, xii-183 p.

¹⁴² Sur ce principe, voir Marie-Claude NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Dalloz, 2005, xx-705 p., spéc. n^{os} 78-79, pp. 80-82, n^o 117, pp. 109-110, n^{os} 273-289, pp. 255-276 et n^{os} 310-445, pp. 291-423.

¹⁴³ Marie-Claude NAJM, *op. cit.*, n^o 52, p. 54. C'est nous qui soulignons.

¹⁴⁴ *Op. cit.*, n^o 55, p. 57.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ Wilhelm WENGLER, « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », *RCDIP*, 1952, pp. 595-622 et *ibid.*, 1953, pp. 37-60 ; du même auteur, « The general principles of private international law », *RCADI*, vol. 104, 1961, pp. 273-469.

¹⁴⁷ Marie-Claude NAJM, *op. cit.*, n^o 52, pp. 54-55.

¹⁴⁸ *Op. cit.*, n^o 53, p. 55.

qu'elles tendent à réaliser »¹⁴⁹. Le principe de cohérence auquel s'intéresse l'auteure, principe de cohérence des situations juridiques qui est identifié à l'« harmonie interne ou harmonie matérielle des solutions »¹⁵⁰, est donc propre au droit international privé. Au contraire, le principe de cohérence auquel nous nous référerons dans le cadre de cette étude, qui appréhende les principes directeurs en tant qu'instrument de la construction et de l'application du droit, va « au-delà de la spécialisation des diverses matières juridiques et même des divers systèmes juridiques »¹⁵¹ et concerne le droit de façon générale, du moins dans les pays de tradition continentale¹⁵².

L'examen méthodologique soumis au principe de cohérence permet ainsi de porter une appréciation critique sur les choix techniques effectués dans le cadre de l'élaboration et de l'application du droit¹⁵³, d'identifier les difficultés éventuelles et leurs causes, et de proposer, le cas échéant, les modifications nécessaires qu'autorise l'appareil juridique dont dispose le système¹⁵⁴. Aussi, il est permis de considérer avec Jean-Louis Bergel que cette démarche, « loin de menacer les choix axiologiques, doit permettre de mieux les réaliser, puisqu'il s'agit de découvrir les meilleurs moyens dont dispose l'arsenal juridique pour parvenir au but recherché »¹⁵⁵.

13. Principe de cohérence en droit de l'Union européenne. – Le principe de cohérence n'est donc ici conçu ni comme un principe de droit positif, ni comme un principe de « droit positif virtuel, potentiel, *en puissance* »¹⁵⁶. Dès lors, il nous faut examiner la portée de la consécration d'un principe de cohérence dans les textes fondateurs de l'Union européenne au terme d'une évolution progressive qui ne permet pas, cependant, de réunir un consensus sur son sens¹⁵⁷.

¹⁴⁹ *Op. cit.*, n° 56, p. 59. C'est nous qui soulignons.

¹⁵⁰ *Op. cit.*, n° 78, p. 80.

¹⁵¹ Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, n° 5 p. 6.

¹⁵² Voir en ce sens Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, n° 8 p. 12.

¹⁵³ Sur le rôle de la doctrine dans l'évaluation de la « réglementation » (en lien avec une conception supraconstitutionnelle du droit) et de sa cohérence, voir Stéphane RIALS, « Supraconstitutionnalité et systématique du droit », in *Le système juridique*, *op. cit.*, pp. 57-76, spéc. pp. 74-75. Dans le même sens, considérant que, au-delà de la démarche méthodologique devant être suivie par le législateur, « comme la législation suppose un suivi, il convient encore, ensuite, à partir de sa mise en œuvre, d'en faire une évaluation rétrospective pour, finalement, l'adapter, si nécessaire », Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, n° 187, p. 320.

¹⁵⁴ Comptant les « révisions constitutionnelles, modifications législatives, annulations juridictionnelles » parmi les « moyens d'évoluer et de se corriger au moyen d'organes divers qui peuvent intervenir pour [...] modifier et [...] adapter » l'ordre juridique, voir Éric MAULIN, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵⁵ Jean-Louis BERGEL, *op. cit.*, n° 187, p. 319.

¹⁵⁶ Marie-Claude NAJM, *op. cit.*, n° 53, p. 55. C'est l'auteure qui souligne.

¹⁵⁷ Pour une présentation et une analyse de cette évolution appliquée au droit de l'environnement, voir Christophe VERDURE, « La protection de l'environnement à la suite du traité de Lisbonne : quelles conséquences liées à la consécration du principe de cohérence ? », *CDE*, 2017, n° 2, pp. 467-495, spéc. pp. 484-490.

La cohérence a d'abord fait l'objet d'une déclaration symbolique en ouverture du traité sur l'Union européenne issu du traité de Maastricht. L'article A § 3 TUE stipule en effet que l'Union « a pour mission d'organiser de façon cohérente et solidaire les relations entre les États membres et entre leurs peuples ». La signification de cette déclaration générale est par la suite rapidement, quoique sommairement, précisée. Ainsi, aux termes de l'article C § 1 TUE, « [l']Union dispose d'un cadre institutionnel unique qui assure la cohérence et la continuité des actions menées en vue d'atteindre ses objectifs, tout en respectant et en développant l'acquis communautaire ». Si l'alinéa suivant appelle les institutions à porter une attention particulière à la cohérence de l'« action extérieure [de l'Union] dans le cadre de ses politiques en matière de relations extérieures, de sécurité, d'économie et de développement », la portée du principe est plus générale et s'étend à l'ensemble des questions relevant de l'Union européenne. Après l'adoption du traité d'Amsterdam, l'article 3 TUE reprend à l'identique cette stipulation. Le principe de cohérence s'étend alors à la coopération judiciaire en matière civile, instrument du développement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice auquel renvoie l'article 2 § 1, quatrième tiret TUE. Si la signification de ces stipulations reste incertaine, leur visée systématique transparaît distinctement de la prise en compte des objectifs à atteindre et de l'acquis communautaire pour orienter les actions menées par l'Union¹⁵⁸.

Des signes de cette approche se retrouvent, de façon certes éparse et mesurée, dans les décisions et avis de la Cour de justice de Communautés européennes puis de l'Union européenne. La Cour rappelle désormais fréquemment considérer « qu'une législation nationale [restreignant, pour un motif impérieux d'intérêt général, une liberté de circulation] n'est propre à garantir la réalisation de l'objectif invoqué que si elle répond véritablement au souci de l'atteindre d'une manière cohérente et systématique »¹⁵⁹. Si la cohérence s'attache ici à la

¹⁵⁸ Cette visée ressort également de la Déclaration relative à l'application du droit communautaire annexée au traité sur l'Union européenne, version Maastricht (JOCE, n° C 191/102, 29 juillet 1992), et dont le premier point indique : « La conférence souligne qu'il est essentiel, pour la cohérence et l'unité du processus de construction européenne, que chaque État membre transpose intégralement et fidèlement dans son droit national les directives communautaires dont il est destinataire, dans les délais impartis par celles-ci ».

¹⁵⁹ CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer*, aff. C-169/07, *Rec.*, 2009, p. I-01721, point 55 ; *AJDA*, 2009, p. 980, chron. E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT ; *RFDA*, 2011, p. 377, chron. L. CLÉMENT-WILZ, F. MARTUCCI, C. MAYEUR-CARPENTIER ; *RTD eur.*, 2010, p. 129, chron. A.-L. SIBONY, A. DEFOSSEZ ; *Europe*, 2009, n° 187, obs. F. KAUFF-GAZIN. Voir également CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, aff. C-243/01, *Rec.*, 2003, p. I-13031, point 67 ; *AJDA*, 2004, p. 321, chron. J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT ; *D.*, 2003, p. 2868 ; *RTD eur.*, 2004, p. 533, chron. C. PRIETO ; *JCP G*, 2004, II, p. 10172, note T. VERBIEST, P. REYNAUD ; *Europe*, 2004, n° 17, comm. L. IDOT ; CJCE, 6 mars 2007, *Placanica et al.*, aff. jointes C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Rec.*, 2007, p. I-01891, point 53 ; *RTD eur.*, 2009, p. 511, chron. A.-L. SIBONY, A. DEFOSSEZ ; CJUE, 11 juin 2015, *Berlington Hungary et al.*, aff. C-98/14, point 66 ; *RTD eur.*, 2016, p. 195, obs. A. DEFOSSEZ ; *ibid.*, p. 357, obs. F. BENOÎT-ROHMER ; CJUE, 2 avril 2020, *Comune di Gesturi*, aff. C-670/18, point 50. Voir déjà auparavant, sans se référer explicitement à la cohérence mais mettant indiscutablement en œuvre ce raisonnement, CJCE, 21 octobre 1999, *Zenatti*, aff. C-67/98, *Rec.*, 1999, p. I-07289, points 35-36 (et les commentaires : *AJDA*, 2000, p. 315, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL, G. DE BERGUES) : « le fait que les paris en cause ne sont pas totalement interdits ne suffit pas à démontrer que la législation nationale ne vise pas réellement à atteindre les objectifs d'intérêt général qu'elle prétend poursuivre et qui doivent être considérés dans leur ensemble. [...] Cependant, [...], une telle limitation

législation nationale restrictive, elle est destinée à rationaliser les exceptions aux libertés de circulation. La Cour prend cependant plus directement en compte la « cohérence du droit de l'Union »¹⁶⁰ lorsqu'elle se préoccupe de coordonner l'application de textes de droit de l'Union entre eux – comme cela a pu être le cas, en droit international privé, des règlements « Bruxelles I » et « Rome II »¹⁶¹ dans le domaine délictuel¹⁶² –, ou avec une convention internationale¹⁶³. En droit international privé, cette mention a pu être encouragée par l'appel, formulé dans le préambule de certains règlements adoptés en matière de conflit de lois, à une certaine cohérence *ratione materiae* et de leurs dispositions avec les domaines et dispositions des règlements régissant le conflit de juridictions dans les matières correspondantes¹⁶⁴. La Cour ne va toutefois jamais aussi loin que ceux de ses avocats généraux qui évoquent sans détour « la cohérence de l'ordre juridique communautaire »¹⁶⁵ voire même le « principe de cohérence de l'ordre juridique communautaire »¹⁶⁶.

La consolidation de la place accordée au principe de cohérence par le traité de Lisbonne pourrait, à l'avenir, lui en fournir l'occasion. L'article 7 TFUE, qui figure, au sein de la partie consacrée aux « Principes », dans un titre déclinant les « Dispositions d'application générale », énonce que « [l]'Union veille à la cohérence entre ses différentes politiques et actions, en tenant compte de l'ensemble de ses objectifs et en se conformant au principe d'attribution des compétences ». S'il est possible d'entrevoir ici l'esprit qui animait auparavant les articles C § 1

n'est admissible que si elle répond d'abord effectivement au souci de réduire véritablement les occasions de jeux et si le financement d'activités sociales au moyen d'un prélèvement sur les recettes provenant des jeux autorisés ne constitue qu'une conséquence bénéfique accessoire, et non la justification réelle, de la politique restrictive mise en place ».

¹⁶⁰ CJUE, 5 décembre 2013, *Vapenik*, aff. C-508/12, point 25 ; *RCDIP*, 2014, p. 648, note J. KNETSCH ; *RTD com.*, 2014, p. 448, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *Droit et procédure*, 2014, p. 59, obs. G. CUNIBERTI. Voir également sur cet emploi Maciej SZPUNAR, conclusions présentées le 22 janvier 2019 dans l'affaire *Pillar Securitisation c. Hildur Arnadottir* (CJUE, 2 mai 2019, aff. C-694/17), point 39, et plus largement points 39-51.

¹⁶¹ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit « règlement "Bruxelles I" »), JOCE, n° L 12/1, 16 janvier 2001, et règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit « règlement "Rome II" »), JOUE, n° L 199/40, 31 juillet 2007.

¹⁶² CJUE, 16 juillet 2014, *Kainz*, aff. C-45/13 ; *D.*, 2014, p. 287 ; *ibid.*, p. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *ibid.*, p. 1967, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE ; *RTD com.*, 2014, p. 447, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST.

¹⁶³ Voir par exemple au sujet de l'articulation du règlement « Bruxelles I » avec la convention de Lugano : CJCE, Ass. plén., 7 février 2006, avis 1/03. La Cour prend en compte, dans cet avis, le « caractère global et cohérent du système des règles de conflit de juridictions élaboré par le règlement n° 44/2001 » (point 148), comme la cohérence entre ce texte et la convention de Lugano (point 152). Se référant à une « exigence de cohérence » pour interpréter les termes de la convention de Bruxelles à l'aune du règlement « Bruxelles I », voir CJCE, 1^{er} octobre 2002, *Henkel*, aff. C-167/00, *Rec.*, 2002, p. I-8111, point 49 ; *D.*, 2002, p. 3200, note H. K. GABA ; *RCDIP*, 2003, p. 682, note P. RÉMY-CORLAY ; *RTD. com.*, 2003, p. 204, obs. A. MARMISSE.

¹⁶⁴ Considérants 7 des règlements « Rome I » (règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOUE, n° L 177/6, 4 juillet 2008) et « Rome II », et 10 du règlement « Rome III ».

¹⁶⁵ Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, conclusions présentées le 16 octobre 2008 dans l'affaire *Christopher Seagon c. Deko Marty Belgium* (CJCE, 12 février 2009, aff. C-399/07), *Rec.*, 2009, p. I-0767, point 54.

¹⁶⁶ Conclusions précitées, point 71.

puis 3 § 1 TUE, deux éléments nouveaux méritent d'être soulignés. Premièrement, comme le montre sa situation dans le traité, la cohérence est envisagée comme un réel *principe*, *i.e.* un énoncé à vocation générale et universelle. En atteste la suppression à ce stade de la référence à la cohérence de l'action extérieure de l'Union. Secondement, à la référence à l'acquis communautaire figurant dans les précédentes versions du traité sur l'Union européenne se substitue l'exigence de « se conform[er] au principe d'attribution des compétences ». Ainsi, non seulement l'approche de la cohérence adoptée paraît précisée par une référence aux fondements qui découle de la mention du principe d'attribution des compétences, mais l'accent nous semble placé sur l'élaboration des textes de droit dérivé, et non plus principalement sur l'application de textes déjà en vigueur dont il suffirait d'améliorer la qualité rédactionnelle¹⁶⁷. Dès lors, appréhender ce principe en strict terme de non-contradiction paraît réducteur. Il reste toutefois à la Cour de justice la mission de définir le sens et la portée juridiques d'un principe qui, en tant qu'il vise les actions et politiques de l'Union européenne, dépasse le cadre du droit pour s'étendre aux questions politiques et économiques dont l'Union a la charge¹⁶⁸.

La consécration d'un principe de cohérence en droit de l'Union n'est en rien anodine. Ses conséquences à venir méritent d'être surveillées attentivement tant s'intensifie la recherche de cohérence du droit de l'Union à de multiples niveaux, de la part de la doctrine comme des acteurs institutionnels. Néanmoins, les incertitudes qui affectent ce principe ne paraissent pas faire obstacle à la confrontation du droit international privé européen au principe méthodologique de cohérence. Ce dernier pourrait au contraire être un moteur de la réflexion relative au principe de cohérence du droit de l'Union européenne.

14. Problématique. – Ainsi, l'adoption d'une approche méthodologique, à l'aune du principe de cohérence, nous paraît particulièrement adaptée à l'étude du droit international privé de la famille européen, dans un contexte de structuration en cours de l'espace judiciaire, comme plus largement du système juridique, européen. Elle nous permettra de déterminer dans quelles mesures les difficultés auxquelles cette branche du droit est confrontée de façon continue depuis son avènement peuvent être expliquées par une analyse de sa cohérence systémique.

¹⁶⁷ Si le manque de cohérence est déploré par le Conseil européen, le Conseil, le Parlement européen et la Commission, il semble que le problème ne soit envisagé qu'au travers de cette difficulté, qui reste réductrice. En ce sens, voir notamment Parlement européen, Conseil, Commission, Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer », JOUE, n° C 321/1, 31 décembre 2003, spéc. points 25 et 31, p. 4 ; Conseil européen, Programme de Stockholm. Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, JOUE, n° C 115/1, 4 mai 2010, spéc. points 1.2.3 et 1.2.4, pp. 5-6.

¹⁶⁸ Voir en ce sens Christophe VERDURE, *op. cit.*, p. 488.

15. Plan de l'étude. – À cette fin, c'est à rejoindre le pèlerin dans sa contemplation du temple de Delphes que cette étude invite le système juridique européen, et à travers lui le législateur, le juge et la doctrine. « Connais-toi toi-même » : gravée sur le fronton de l'édifice, cette inscription guidera utilement une démarche réflexive qu'appellent crûment les obstacles que rencontre la construction de l'espace judiciaire européen en matière familiale. Ce n'est toutefois pas l'humilité à laquelle enjoint le précepte religieux qui est ici recherchée, mais le questionnement qu'implique le retour sur soi socratique, la pratique du doute là où les évidences, dans l'expérience législative, l'emportent souvent sur la démonstration.

La présente étude confronte ainsi la construction du droit international privé de la famille européen à ses justifications, son intérêt historique, ses fondements et ses objectifs. Cette approche permet de prendre conscience de distorsions majeures entre la réglementation en la matière et les textes de droit primaire qui la fondent et l'encadrent. Il est donc nécessaire de proposer une conception renouvelée du cadre normatif dans lequel s'insère la construction de l'espace judiciaire européen en matière familiale. Pour y parvenir, nous nous efforcerons, d'une part, de comprendre les justifications de la réglementation européenne du droit international privé de la famille. Nous montrerons qu'alors même que le droit international privé de la famille a été profondément bouleversé par l'assignation de l'objectif de libre circulation des personnes à la réglementation européenne en la matière, celui-ci repose sur une vision amplement contestable des liens entre individus et États et dépend de moyens qui ne sont pas de nature à l'atteindre. Nous démontrerons, d'autre part, que si de profondes difficultés naissent, *de lege lata*, de la conception uniforme de l'espace judiciaire européen en matière familiale qui découle de cet objectif, elles pourraient se résorber, *de lege ferenda*, par une modification de la réglementation européenne du droit international privé de la famille reposant sur une conception renouvelée des fondements et de l'objectif de la matière.

Aussi, à une analyse critique des justifications et modalités de la reconstruction du droit international privé de la famille autour de la libre circulation des personnes en droit de l'Union européenne (Première partie) succèdera une remise en question, à l'aune du principe de cohérence, des fondements et de l'objectif de la matière face aux difficultés de la construction d'un espace judiciaire européen uniforme (Seconde partie).

Première partie : Analyse critique de la reconstruction du droit international privé de la famille européen autour de l'objectif de libre circulation des personnes

Seconde partie : L'uniformité de l'espace judiciaire européen en matière familiale à l'épreuve du principe de cohérence

PREMIÈRE PARTIE

ANALYSE CRITIQUE DE LA RECONSTRUCTION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE EUROPÉEN AUTOUR DE L'OBJECTIF DE LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES

16. D'après le doyen Batiffol, « [p]our étudier le droit "les yeux ouverts", selon l'expression de Paul Esmein, il faut considérer les résultats voulus »¹⁶⁹. La détermination de la *ratio legis* des règles de droit international privé de la famille européen est ainsi nécessaire à l'analyse méthodologique de leur élaboration. En effet, à l'observation de la seule forme de ces règles, l'ampleur des controverses doctrinales et des tribulations législatives qui rythment le développement de la matière peut laisser perplexe. Dans leur grande majorité, les règles mises en œuvre en matière de conflit de lois, reconnaissance des situations exceptée¹⁷⁰, et de compétence internationale ressortissent à des méthodes de droit international privé des plus classiques, bien connues du droit commun. Le conflit de lois est ainsi soumis à la méthode conflictuelle et repose donc sur la désignation, par une règle de conflit bilatérale, d'une loi applicable et l'éventuelle intervention de l'exception d'ordre public international en cas de contravention aux valeurs fondamentales de l'ordre juridique du for. La compétence internationale des tribunaux, quant à elle, est déterminée par des règles qui délimitent son étendue en fonction du rattachement de la situation à l'ordre juridique du for ; la seule originalité tient ici au fait que cette compétence n'est plus déterminée de façon unilatérale par les États et que les règles de compétence européenne peuvent conduire à la désignation de juridictions d'États membres différents. Seule la disparition, acquise ou programmée, de l'*exequatur* constitue un changement notable au premier abord. C'est pourtant compter sans une modification profonde de l'objectif assigné à la matière en droit de l'Union européenne. La libre circulation des personnes apparaît comme le but désormais poursuivi, supposé justifier l'uniformisation des règles au niveau européen comme le choix de critères de rattachement de principe différents, changements qui sont loin d'être anodins du point de vue du sens de la matière.

17. La conscience de cette évolution et la mesure de sa portée nécessitent dès lors d'identifier le modèle contre lequel se construit le droit international privé de la famille européen. Ce modèle, issu d'une tradition jurisprudentielle et savante qui puise ses racines dans

¹⁶⁹ Henri BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, 519 p., spéc. p. 290.

¹⁷⁰ Sur cette méthode, dont le domaine, les conditions et la portée restent à préciser, voir *infra*, n^{os} 276-297.

les théories statutistes, est celui du statut personnel, dont la crise a sans doute constitué un terrain favorable à l'émergence du droit international privé de la famille européen. C'est donc par une étude de la réglementation du statut personnel, puis du droit international privé de la famille commun, au regard de ses fondements et objectifs que nous débuterons (TITRE 1). Cet examen nous permettra, dans un second temps, de porter un regard critique sur la construction du droit international privé de la famille européen autour de la libre circulation des personnes, qui, au-delà d'une volonté exprimée de résoudre les difficultés nées de la diversité des solutions nationales en la matière, repose amplement sur la recherche d'une modification des rapports entre État et individu qui prévalaient antérieurement (TITRE 2).

TITRE 1 : L'ANALYSE CLASSIQUE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE

18. En droit international privé commun, la réglementation des relations familiales trouve son origine dans celle du statut personnel. La catégorie désigne « l'ensemble des qualités juridiques qui caractérisent la personne dans la société civile »¹⁷¹. Elle englobe ainsi à la fois les questions relatives à l'état individuel et celles qui concernent les relations familiales ; dès lors, l'étude incidente des premières pourra utilement éclairer les secondes. Ces questions trouvent en effet leur unité dans la fonction attribuée à la catégorie en matière de conflit de lois qui en a déterminé la caractéristique principale. Historiquement, c'est le souci de permanence des lois applicables à la personne, reposant sur la nécessité d'accorder une protection particulière à l'essence de la personne, qui a commandé la soumission de la matière à l'extraterritorialité¹⁷² (CHAPITRE 1). Si cet objectif a longtemps guidé les modalités de réglementation de la matière, en particulier le choix du critère de rattachement, le statut personnel traverse, depuis les années 1960, une crise qui lui a fait perdre son unité, au point qu'à sa mention s'est substituée celle de droit international privé de la famille. Il nous semble pourtant qu'un retour à l'objectif de permanence, conformément au principe de cohérence, peut utilement résoudre les difficultés que rencontre la matière quant à la définition de son rattachement (CHAPITRE 2).

¹⁷¹ Bernard AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois) », *RCADI*, vol. 186, 1984, pp. 219-397, spéc. p. 279.

¹⁷² Bernard AUDIT, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Ibrahim FADLALLAH, V^o « Statut personnel », *Répertoire de droit international*, Dalloz, septembre 2003, n^o 1.

CHAPITRE 1

LA JUSTIFICATION DU STATUT PERSONNEL COMME CATÉGORIE

19. Plan. – L'émergence de la figure juridique de la personne et la conscience de sa spécificité ont guidé la constitution progressive du statut personnel, d'abord compris comme un ensemble de lois attachées à la personne quel que soit l'endroit où elle se trouve, et de l'état perçu en droit interne comme un cadre protecteur de la personne (SECTION 1). De la volonté d'assurer à ce dernier le relais d'une protection transnationale de l'essence de la personne, s'est dégagé l'objectif de permanence traditionnellement affecté à la catégorie du statut personnel en droit international privé (SECTION 2).

SECTION 1 : LA SPÉCIFICITÉ ESSENTIELLE DE LA PERSONNE, FONDEMENT DU STATUT PERSONNEL

20. Plan. – Le développement des échanges au Moyen Âge a permis, progressivement, de mettre en évidence, dans les rapports juridiques, la spécificité de la personne, qui s'est construite dans une opposition avec les biens. Les théories des statuts ont ainsi conduit à faire émerger une véritable théorie juridique de la personne fondée sur l'idée de justice (I). La figure de la personne sujet de droit qui en est issue a dès lors fait l'objet d'un encadrement propre par le droit, lui permettant d'exister sur la scène juridique et de se construire dans le cadre de ses interactions sociales (II).

I. Une catégorie moderne reposant sur une théorie juridique de la personne

21. Plan. – La doctrine a maintes fois fait état des difficultés conceptuelles et matérielles à déterminer les origines du droit international privé, et des études détaillées ont été consacrées à cette question délicate¹⁷³. La compréhension du fondement du statut personnel ne nécessite cependant pas d'entreprendre une telle démarche historique d'ampleur. Il s'agit seulement de

¹⁷³ Voir notamment Armand LAINÉ, *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*, t. I, Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, 1888, xxi-433 p. ; Eduard Maurits MEIJERS, « Histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Âge, spécialement dans l'Europe occidentale », *RCADI*, vol. 49, 1934, pp. 544-686 ; du même auteur, *Études d'histoire du droit international privé ; I - Contribution à l'histoire du droit international privé et pénal en France et dans les Pays-Bas aux XIII^{ème} et XIV^{ème} siècles. II - Nouvelle contribution à la formation du principe de réalité*, traduction Pierre-Clément Timbal, Josette Metman, Éditions du CNRS, 1967, 8°-178 p. ; Max GUTZWILLER, « Le développement historique du droit international privé », *RCADI*, vol. 29, 1929, pp. 287-400 ; Bertrand ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Éditions Panthéon-Assas, 2017, 617 p.

mettre en évidence ce qui, dans l'évolution des idées antérieures au droit international privé « moderne » — c'est-à-dire au « droit international privé légal » initié par le Code prussien de 1794 puis le Code civil des Français de 1804 — a structuré peu à peu la notion de statut personnel. Il apparaît que le ferment grâce auquel la catégorie a pu prospérer réside dans l'idée de justice (A). C'est elle qui a progressivement conduit le droit international privé à une prise en compte de la spécificité de la personne autour de laquelle recentrer et sur laquelle fonder la catégorie moderne du statut personnel (B).

A. L'idée de justice au cœur de la construction du statut personnel

22. Les difficultés liées à l'étude de la naissance du droit international privé – et en particulier du droit des conflits de lois, duquel émerge spécifiquement la figure juridique de la personne – viennent sans doute en partie de l'irréductible esprit systématique du juriste qui ne se résout ni au désordre, ni à l'incertitude. L'évolution doctrinale et jurisprudentielle des conflits de lois en France depuis le début du Moyen Âge est en effet loin d'avoir été linéaire ; comprendre le contexte dans lequel ont émergé les théories des statuts suppose donc d'en accepter le caractère quelque peu décousu. La période féodale s'ouvre en effet par une tendance initiale des juges à appliquer la *lex fori*, sans nécessairement conceptualiser cette démarche, ni en faire un principe de résolution des conflits. La pratique forge néanmoins rapidement plusieurs exceptions. Les solutions aux problèmes de droit divers sont définies au cas par cas, en fonction de la pratique et au fur et à mesure des litiges dont ont eu à connaître les tribunaux¹⁷⁴. Ce n'est qu'à partir du XIII^{ème} siècle que la doctrine s'est employée à construire de véritables systèmes de solutions, aux fondements variables : c'est l'avènement de la théorie des statuts. Certains auteurs statutistes ont alors préconisé des solutions identiques à celles qui étaient déjà appliquées de manière presque instinctive par les premiers juges féodaux, ce qui s'explique par l'importance des contingences pratiques dans leurs décisions.

Mais la théorie des statuts elle-même, première construction doctrinale du droit des conflits de lois, ne permet pas de lever entièrement le voile qui obscurcit la naissance de la matière. La cause en est, d'une part, l'hétérogénéité des auteurs statutistes, finalement répartis en trois courants : se sont ainsi construites, chronologiquement, les théories italienne, française et hollandaise des statuts. Comme le souligne Max Gutzwiller, leur point commun, qui emporte la qualification d'auteur statutiste, est la méthode mise en œuvre.

¹⁷⁴ À cet égard, Max Gutzwiller constate le développement d'une jurisprudence du Parlement de Paris et de l'Échiquier de Normandie allant dans le même sens que la jurisprudence et les écrits des légistes italiens, sans, selon Meijers, que celle-ci, antérieure aux écrits de Bartole, ait fait au préalable l'objet d'une théorisation : voir Max GUTZWILLER, « Le développement historique du droit international privé », *op. cit.*, p. 309 et 311.

« Ce qui les unit tous, nous dit l’auteur, ce n’est qu’un trait en soi assez secondaire, mais remarquable au point de vue d’une considération purement scientifique. Depuis Bartole (mort en 1357) jusqu’au président Bouhier, dont l’ouvrage principal a paru en 1742, tous les écrivains en matière de conflit de lois sont attachés à une même méthode, qui entrave toute leur production ; méthode qui atteint la gravité d’un dogme, qui devient une obsession, et dont aucun n’arrive à se libérer complètement : au lieu de prendre leur point de départ dans le rapport de droit en question ; au lieu de déduire du pouvoir souverain constituant les lois les limites, pour chacune d’entre elles, de leur zone d’application ; au lieu de prendre en considération avant tout la nature différente des droits subjectifs existants – ils envisagent les difficultés du conflit des lois sous un seul point de vue : pour eux tout le problème repose dans la *règle* de Droit. C’est la loi par elle-même, le *résultat* du processus législatif qu’il faut consulter. Sans avoir besoin de prescriptions spéciales réglant le conflit des lois, on les trouve contenues dans le texte des statuts ; elles sont là, on n’aura qu’à les découvrir »¹⁷⁵.

Cela s’explique, d’autre part, par l’illusion entretenue par la dénomination de ces courants, qui laisse faussement croire à une distribution géographique claire de chacun d’eux ; or, pour ce qui est de la France, il n’en est rien. Le sud du pays a en effet, jusqu’à la Révolution, été fortement influencé par la doctrine italienne des statuts et son héritage de droit romain, qui sont restés plus en recul dans le nord du pays, où la doctrine française a vu naître son plus fervent défenseur. Par ailleurs, l’influence positive de la doctrine sur la jurisprudence reste à cette époque incertaine.

23. Plan. – Cependant, il est permis de considérer que les idées au fondement du droit international privé moderne en France trouvent leurs sources dans les théories italienne et française des statuts, qui ont toutes deux connu des développements importants sur le territoire. S’agissant du statut personnel, l’existence et le développement de la catégorie s’expliquent par la notion de justice, qui irrigue les écrits des auteurs italiens et français de l’époque. Mais la place accordée à la justice diffère selon la théorie en cause : tandis que la doctrine italienne trouve dans l’esprit de justice l’un de ses *fondements* (1), la doctrine française conçoit la justice comme un *tempérament* au principe de la réalité des coutumes (2).

¹⁷⁵ Max GUTZWILLER, « Le développement historique du droit international privé », *op. cit.*, p. 312. C’est l’auteur qui souligne.

1. L'esprit de justice, fondement de la théorie italienne des statuts

24. Naissance de la théorie italienne des statuts. – La théorie des statuts naît dans l'Italie communale de la volonté des cités-États du nord d'affirmer leur indépendance vis-à-vis du Saint-Empire romain germanique tout en créant un cadre favorable aux échanges commerciaux. Cette autonomie s'apprécie non seulement sur un plan politique, mais aussi sur un plan juridique : chacune d'elles adopte des *statuts*, lois municipales, « coutumes, issues en partie des lois lombardes, en partie de nouveaux usages, qui furent rédigées et en quelque sorte codifiées au XIII^{ème} siècle »¹⁷⁶. L'essor du commerce et de l'industrie a conduit au développement des rapports juridiques entre les habitants de ces républiques commerçantes et en conséquence à la multiplication des cas de conflit entre statuts devant les tribunaux lombards. Les jurisconsultes qui étudient la résolution de ces conflits sont pétris de droit romain alors professé au sein des Universités : ce droit est resté le droit commun des cités lombardes, et l'époque est à la redécouverte de ses sources, en particulier du *Corpus juris civilis*, par les glossateurs de l'École de Bologne, dont l'influence doctrinale relie alors les septentrions italien et espagnol¹⁷⁷.

25. Caractéristiques de la théorie italienne des statuts. – L'influence du droit romain sur la doctrine italienne en détermine deux caractéristiques. D'une part, les statuts sont perçus comme des règles dérogatoires au droit commun ; « ils [doivent] donc être enfermés dans d'étroites limites »¹⁷⁸, c'est-à-dire « demeurer exclusivement territoriaux, ne recevoir aucune extension au dehors, [... et] ne pas s'appliquer aux étrangers, même sur leur propre territoire »¹⁷⁹. Ce principe, que certains auteurs fondent directement sur la loi *Cunctos populos*¹⁸⁰, ne signifie pas qu'ils ne pourront recevoir, en vertu d'une décision de justice, aucune application en dehors du territoire en vue duquel ils ont été adoptés – une telle interprétation condamnerait toute tentative de résolution des conflits de statuts –, mais qu'eux-mêmes ne peuvent pas disposer aux fins de réglementation d'une situation extraterritoriale. D'autre part, l'existence d'un droit commun contribue à purger le conflit de statuts de considérations politiques, le dissociant d'un conflit de souverainetés, ce qui constitue une différence fondamentale avec le contexte dans lequel se développe la doctrine française des statuts¹⁸¹ et explique les différences de principe de résolution des conflits entre les deux théories. Lainé décrit très clairement cette divergence de philosophie :

¹⁷⁶ Armand LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, op. cit., p. 98.

¹⁷⁷ C'est ce qui explique que la doctrine italienne trouve aussi des représentants dans les professeurs français de l'époque. Ainsi de Guillaume de Cun, professeur à l'Université de Toulouse et à l'Université d'Orléans, qui a, le premier, esquissé une définition du statut personnel entre 1315 et 1317. Sur ce point, voir *infra*, n^{os} 27-30.

¹⁷⁸ Armand LAINÉ, op. cit., p. 102.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Sur ce fondement et les critiques d'une autre partie de la doctrine, voir Armand LAINÉ, op. cit., p. 104 et s.

¹⁸¹ Sur les objectifs politiques au fondement des solutions prônées par les défenseurs de la doctrine française des statuts, voir *infra*, n^{os} 27, 31.

« quant au conflit des statuts entre eux, on pouvait concevoir deux issues. L'une eût consisté à leur donner un caractère de territorialité absolu : chaque ville eût imposé ses statuts dans le ressort de sa juridiction à toute personne et à toute chose, mais au-delà fût restée sans pouvoir. L'autre était d'admettre, dans chaque espèce, pour chaque rapport de droit, la prépondérance du statut indiqué par la raison comme le plus justement applicable. La première eût été conforme au principe féodal de la souveraineté absolue des États ; la seconde était conseillée par les besoins du commerce et par l'esprit équitable du droit romain. Comme l'influence était au commerce et au droit romain, c'est dans cette dernière voie que l'on entra. On pensa que le conflit des statuts devait être réglé au mieux de l'intérêt général, que, par conséquent, dans certains cas, les juges d'un pays quelconque avaient l'obligation d'appliquer telle ou telle loi étrangère »¹⁸².

26. Distinction en fonction des rapports de droit. – Comme le souligne Max Gutzwiller au sujet de la pensée d'Aldricus, ces deux caractères donnés par les jurisconsultes de l'époque à la doctrine italienne des statuts, inspirés du droit romain, sont liés : « partant de leur idée maîtresse que prescrire des règles de Droit signifie exercer son pouvoir, et que l'exercice du pouvoir n'est possible qu'envers les sujets, ils ont eu l'inspiration que les limites de ce pouvoir ne doivent pas être fixées d'une manière générale et abstraite, mais qu'il convient de faire des distinctions suivant les rapports de droit en question »¹⁸³. Le principe de résolution des conflits de statuts adopté par les auteurs italiens repose donc sur la raison et est animé par là même d'un esprit de justice¹⁸⁴. L'étendue de l'application des différents statuts doit alors être déterminée en fonction de ce que commande chaque matière, démarche qui suppose une *réflexion sur les fondements* de chaque type de rapports de droit. Cette méthode a finalement conduit à une doctrine très riche, qui ne s'est pas contentée de la division tripartite de la doctrine française entre statuts réels, personnels et mixtes, n'accordant pas même à cette division « ni la première ni la plus grande place »¹⁸⁵. Cette évolution a d'abord eu une influence du point de vue de la réduction de l'empire de la *lex fori* sur les contrats et a mis en lumière le fait que si le juge ne peut appliquer une autre loi que la sienne à la procédure civile, elle ne s'identifie pas nécessairement à celle qui doit être appliquée au fond du litige¹⁸⁶. Si à l'origine, la notion de

¹⁸² Armand LAINÉ, *op. cit.*, p. 103.

¹⁸³ Max GUTZWILLER, *op. cit.*, pp. 303-304.

¹⁸⁴ Armand LAINÉ, *op. cit.*, p. 50.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ Max GUTZWILLER, *op. cit.*, p. 305.

statut personnel connaît des développements assez réduits¹⁸⁷, « la voie est ouverte à des relations interurbaines, basées sur un sentiment encore vague mais réel de justice. Ce changement est dû avant tout à cette idée fondamentale que la règle de Droit n'oblige que ceux pour qui elle a été faite »¹⁸⁸.

2. *L'idée de justice, tempérament à l'objectif politique de la théorie française des statuts*

27. L'assise féodale de la théorie française des statuts. – La notion de statut personnel connaît en France une consécration difficile dans le contexte politique qui voit naître la théorie française des statuts¹⁸⁹. Bartole et ses disciples y ont en effet une certaine influence, en particulier dans la partie méridionale du pays, mais même là, la théorie des statuts se développe dans le cadre du système féodal, où « la terre [est à la fois] l'assise du pouvoir politique [et l'élément déterminant] la condition des personnes »¹⁹⁰. Laferrière souligne à cet égard que « [l]a condition humaine était l'accessoire de la terre »¹⁹¹. Dès lors, d'une part, la théorie française des statuts est forgée comme un outil de renforcement de la souveraineté locale se voulant absolue, ce qui résulte de l'histoire politique et juridique du pays et explique la forme particulière qui lui y est donnée. D'autre part, la condition des personnes ne fait pas, à l'origine, l'objet d'un traitement particulier et connaît d'importantes difficultés pour finalement s'imposer en tant que considération à part entière de la théorie des statuts.

28. De la personnalité des lois barbares à la territorialité féodale des coutumes. – Dans l'Ancien droit, la théorie des statuts, succédant au régime de personnalité des lois barbares¹⁹², a vocation à résoudre les conflits résultant de la diversité des coutumes locales dans les différents pays d'Europe occidentale, notamment en France. Alors que les conquêtes franques ne se sont pas accompagnées d'une soumission forcée à la même coutume de l'ensemble des

¹⁸⁷ *Op. cit.*, p. 308.

¹⁸⁸ *Op. cit.*, p. 305.

¹⁸⁹ Sur l'analyse de l'émergence du statut personnel, voir Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, LGDJ, 8^{ème} éd., 1993, 656 p., spéc. n° 217, pp. 374-376 ; Jean DÉPREZ, « Droit international privé et conflit de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel », *RCADI*, vol. 211, 1988, pp. 9-372, spéc. n° 67, p. 144.

¹⁹⁰ Armand LAINÉ, *op. cit.*, p. 270. La terre détermine alors à la fois la nationalité, la qualité de serf ou d'homme libre, confère la noblesse : *op. cit.*, pp. 270-272.

¹⁹¹ *Op. cit.*, p. 272. Voir sur ce point Firmin LAFERRIÈRE, *Histoire du droit français*, t. IV, Cotillon, 1852-1853, x-588 p., spéc. p. 420 : « Alors s'établit dans toute sa rigueur la loi caractéristique de la féodalité absolue, la loi de corrélation entre la condition des terres et celle des personnes. La différence de qualités, la liberté de relations entre la terre et le possesseur qui avait existé encore au IX^{ème} siècle, où nous avons vu les serfs mêmes posséder des *manses ingenuiles*, ne laissait plus de traces aux X^{ème} et XI^{ème} siècles. La condition humaine devenait l'accessoire de la terre ; la réalité l'emportait sur la personnalité à tous les degrés de l'échelle sociale : la correspondance de condition entre la terre et l'homme était une loi d'étroite corrélation ».

¹⁹² Voir Armand LAINÉ, *op. cit.*, p. 60.

peuples assujettis à un même pouvoir politique, laissant subsister plusieurs lois sur un même territoire, le système féodal « [a] fini par diviser le sol entre une multitude de souverainetés locales »¹⁹³ ayant chacune ses propres coutumes. Aux conflits de lois personnelles d'individus soumis à un même pouvoir ont dès lors succédé des conflits de lois territoriales de sujets aux allégeances distinctes. La résolution de ces conflits n'a certes pas connu une évolution linéaire, notamment en raison de l'influence variable sur le territoire et dans le temps de la doctrine italienne et du droit romain. Mais il semble que le principe de « territorialité stricte et absolue des lois »¹⁹⁴, selon lequel chaque juge applique sa propre coutume quelle que soit la matière, a très tôt connu un certain succès et s'est finalement imposé et généralisé à l'ensemble du pays, renforcé par la rédaction des coutumes.

29. Le principe : la réalité des coutumes. – À l'origine, les coutumes sont dites, dans leur ensemble, réelles. Lainé précise cette qualification qui peut être trompeuse. « Cela ne peut signifier, nous dit l'auteur, qu'elles ont en général pour objet les choses ; ainsi comprise, la formule serait absurde. Les coutumes sont *réelles* en ce sens que chacune, dans ses rapports avec les autres, au point de vue de leur compétence respective, a même étendue que la *res* par excellence, le sol, le territoire. Les coutumes sont *réelles*, cela veut dire que, dans le conflit de lois, elles sont *strictement et absolument territoriales* »¹⁹⁵. Au-delà de l'hostilité manifestée vis-à-vis des coutumes étrangères, le trait saillant de cette conception des coutumes est le peu de cas fait à la personne, qui ne se trouve envisagée ni plus ni moins que comme une extension du sol. La situation contraste fortement avec celle de l'Italie, où l'intensification du commerce incite les cités-États à s'engager dans une voie plus accueillante envers les lois et coutumes étrangères. L'idée gagne certes la France dès le XIII^{ème} siècle et pénètre la pratique, mais s'y trouve confrontée à la force d'attraction territoriale du système féodal et du principe de territorialité absolue des coutumes qui dessinent alors la forme qu'elle y prend : « la territorialité du droit [acquiert finalement] une importance prépondérante et [devient] le principe dominant dans le conflit des lois. C'est alors que s'[introduit] une certaine locution pour exprimer que les coutumes [sont], en général, au point de vue de leur empire respectif, strictement enfermées dans leur territoire et, là, souveraines ; on les [qualifie] de *réelles*, sans doute parce que leur étendue d'application se [mesure] à l'étendue matérielle du sol, de la *res* par excellence. Et de là vint qu'ensuite on [qualifie] de *personnelles*, c'est-à-dire attachées à la personne, les dispositions coutumières de nature à s'étendre au-delà du territoire »¹⁹⁶.

¹⁹³ *Op. cit.*, p. 62.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ *Op. cit.*, p. 291. L'auteur indique que la règle a été formulée de cette façon par Loisel et employée de la même manière par ses contemporains.

¹⁹⁶ *Op. cit.*, p. 64. C'est l'auteur qui souligne.

30. Le caractère résiduel des coutumes personnelles. – La notion de statut personnel est donc finalement consacrée, mais n'émerge qu'en tant que catégorie résiduelle, fruit d'une concession arrachée à la conception territoriale de la souveraineté des coutumes par la force de la pratique influencée par la doctrine italienne. Les statuts personnels sont ceux qui concernent strictement l'état et la capacité des personnes. En effet, la théorie italienne a pu enseigner, au travers de Guillaume de Cun, professeur à Toulouse, que « la coutume personnelle [...] est la coutume qui, directement, dispose des personnes ; indirectement (par conséquent) elle peut disposer aussi des biens [...] et que l]a coutume réelle est la coutume qui dispose directement des biens »¹⁹⁷. Mais la délimitation restrictive des lois extraterritoriales en France est renforcée par l'arbitrage opéré par les tenants de la théorie française des statuts, d'Argentré en tête¹⁹⁸ : l'ensemble des statuts devant être répartis entre chacune de ces deux catégories, conformément à l'un des principes qui guide la doctrine française¹⁹⁹ depuis le XV^{ème} siècle jusqu'en 1804, et la réalité formant le principe, le commentateur de la coutume de Bretagne considère que « [l]es statuts personnels où se mêlent les choses se transforment en statuts réels »²⁰⁰. La notion de statut personnel, définie par son objet, est donc strictement encadrée et limitée par l'étendue que doit alors avoir le statut réel. Elle s'est ainsi développée « à l'ombre du statut réel qui lui dictait son contenu »²⁰¹ : l'exception est d'interprétation stricte, le statut qui n'en remplirait pas toutes les conditions relèverait alors du principe.

31. L'extraterritorialité des coutumes personnelles contrariée par la fin politique de la théorie française des statuts. – L'objectif de renforcement de la souveraineté locale détermine alors à la fois l'existence du principe d'application de la loi ou de la coutume locale à « tous les hommes fixés sur [le] sol »²⁰² d'un même territoire, indépendamment de leur origine, et son étendue. L'hostilité à l'égard des lois étrangères, et donc à celui de l'extraterritorialité des lois, s'explique réciproquement par la rivalité entre les différentes souverainetés féodales. Comme

¹⁹⁷ Eduard Maurits MEIJERS, « Histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Âge, spécialement dans l'Europe occidentale », *op. cit.*, p. 600. Guillaume de Cun est sans doute le premier auteur à donner une définition précise du statut personnel ; sur ce point, voir Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹⁸ Sur l'influence de d'Argentré sur la construction de la théorie française des statuts et en particulier sur la force du principe de territorialité stricte et absolue des coutumes, notamment au travers de sa dissertation *De statutis personalibus et realibus*, voir Armand LAINÉ, *op. cit.*, p. 310 et s.

¹⁹⁹ Sur le manque d'unité de la doctrine française à ce sujet cependant, voir Armand LAINÉ, *op. cit.*, p. 51.

²⁰⁰ Armand LAINÉ, *op. cit.*, p. 325, citant d'Argentré, *De statutis personalibus et realibus*, n° 22. Lainé constate cependant que cette assimilation des statuts mixtes aux statuts réels n'est pas partagée par tous les juristes contemporains de d'Argentré. Il souligne ainsi que Dumoulin « admet [...] que, dans un statut mixte, la prépondérance puisse appartenir à la personne » : *ibid.*

²⁰¹ Myriam HUNTER-HÉNIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, 601 p., spéc. n° 56, p. 60.

²⁰² Armand LAINÉ, *op. cit.*, p. 63.

le souligne Lainé, c'est cette lutte, étrangère à la personnalité des lois barbares, qui explique les difficultés que l'idée d'extraterritorialité des lois a dû surmonter.

« La nouvelle personnalité du droit, nous dit l'auteur, signifie non plus application d'une loi particulière à une race d'hommes, mais application d'une loi territoriale dans un autre lieu que celui de son ressort. Aussi, tandis que l'ancienne personnalité du droit n'était autre chose que la coexistence paisible, sous le même empire politique, sur le même territoire, de lois parallèles exerçant, chacune dans sa sphère et sur ses sujets propres, une autorité absolue, la nouvelle personnalité du droit apparaît comme le résultat du choc de deux souverainetés, comme un empiètement de l'une sur l'autre, comme l'effacement de la loi locale devant la loi étrangère. D'où cette conséquence : l'ancienne personnalité était de l'essence même des lois ; la nouvelle ne sera pour bien des esprits qu'une anomalie et jusque dans le dernier état du droit, demeurera une exception. Ainsi s'explique la longue lutte qu'aura à soutenir l'idée moderne de la personnalité du droit, c'est-à-dire l'idée de l'extension des lois, à certains égards, hors de leurs territoires »²⁰³.

Contrairement au système de personnalité des lois barbares, reposant sur « le respect de la liberté humaine »²⁰⁴, la logique territorialiste est entièrement vouée à la réalisation d'une fin politique et marginalise largement l'intérêt de la personne à laquelle le statut s'applique. Cette logique n'est par ailleurs pas immédiatement remise en cause au lendemain de l'effondrement du système féodal, l'unification politique du royaume ne s'étant pas accompagnée, sauf pour quelques matières, de son unification juridique. Elle est au cœur de l'opposition doctrinale entre d'Argentré, « champion des lois provinciales [combattant] pour son pays »²⁰⁵, et Dumoulin, partisan du renforcement de l'autorité royale. La territorialité des coutumes ne perd donc rien de sa vigueur jusqu'à la Révolution²⁰⁶.

32. Une exception fondée sur l'idée de justice naturelle propice à son extension. – Toute considération de la personne n'est cependant pas exclue de la théorie française des statuts. De nombreux auteurs ont ainsi relevé que, à l'opposé de ce que professe la doctrine hollandaise d'un Jean Voet, l'extraterritorialité des lois trouve en France, même chez d'Argentré, fervent

²⁰³ *Op. cit.*, pp. 65-66.

²⁰⁴ *Op. cit.*, p. 60.

²⁰⁵ *Op. cit.*, p. 313.

²⁰⁶ *Op. cit.*, p. 275.

défenseur de l'application territoriale de la coutume de Bretagne²⁰⁷ et en conséquence partisan d'une conception très restrictive du statut personnel, son fondement dans l'idée de justice²⁰⁸. Lainé, à la suite de Laurent, y décèle l'influence du droit romain au travers du « principe d'unité »²⁰⁹. « L'unité était, à Rome, âme de la politique, de la littérature de la philosophie, de la législation : tous les peuples n'en firent qu'un ; Térence proclama que l'homme ne doit rester étranger à rien de ce qui est humain : Sénèque, le commentant, reconnut l'égalité des hommes ; Cicéron affirma l'existence d'une loi que la nature fait universelle ; le droit romain, enfin, ce droit un et toujours le même montrant par là qu'il émane de la justice éternelle, est le Code de l'humanité »²¹⁰. Ce sont ces idées d'universelle humanité de la personne et de justice naturelle qui ont influencé les jurisconsultes français du haut Moyen Âge et les ont incités à « réagir contre la territorialité du droit »²¹¹. La considération pour la personne se trouve dès lors au cœur de la réflexion sur la définition et l'identification des statuts personnels, et sur l'extraterritorialité du droit.

Cette place explique l'évolution qu'a connue, par la suite, la notion de statut personnel en France. Ainsi pour d'Argentré, « la raison qui doit faire attribuer compétence, pour fixer la condition des personnes, à la loi du lieu de leur domicile, et qui doit ensuite faire maintenir cette condition partout ailleurs, c'est la nature même des choses, c'est-à-dire la justice ; il serait injuste que l'individu devenu majeur dans son pays, parce que les hommes de son âge y sont déjà formés, fût ailleurs destitué de cet état, et, à l'inverse, que l'individu maintenu en tutelle dans son pays, parce que les hommes de son âge n'y sont pas encore formés, fût ailleurs privé de la protection qui lui était assurée »²¹². Dès lors, la place restreinte accordée à l'extraterritorialité des lois en matière de statut personnel est en quelque sorte contrebalancée par l'importance du fondement sur laquelle elle repose, et qui relève du « respect de la liberté humaine »²¹³.

Surtout, la justice constitue un terreau fertile pour l'extension du statut personnel. Comme l'explique Lainé, « la justice étant un élément destiné à croître en même temps que la civilisation progresse, la doctrine française ne restera-t-elle pas longtemps telle que d'Argentré l'a constituée. La personnalité franchira les limites qui lui ont été assignées à l'origine et

²⁰⁷ Armand Lainé l'identifie comme comptant parmi « les partisans les plus fervents de la territorialité du droit » et dit de lui qu'il fait partie « [d]es auteurs animés d'un esprit de particularisme provincial tout-à-fait analogue à l'individualisme des Germains » : *op. cit.*, p. 73.

²⁰⁸ *Op. cit.*, p. 71 : « la personnalité moderne du droit [...] est] née d'une protestation de la justice contre la territorialité absolue des lois ».

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Op. cit.*, p. 74.

²¹² *Op. cit.*, pp. 321-322.

²¹³ *Op. cit.*, p. 60.

gagnera de jour en jour du terrain ; si bien que Bouhier, à la fin de sa dissertation sur les statuts, renversant les rôles consacrés jusqu'à lui, proposera d'en faire désormais la règle de conflit de lois »²¹⁴. Ce fondement explique le sens pris par le statut personnel dans le droit international privé moderne et la différence qui subsiste encore aujourd'hui avec la notion connue du droit international privé des pays de *common law*, influencé par la doctrine hollandaise des statuts. En effet, en Hollande, au XVII^{ème} siècle, l'idée de territorialité stricte et absolue des coutumes a gardé une très grande influence et ne connaît pas le tempérament de la *justice*. Chez Jean Voet ou Huber, l'extraterritorialité des coutumes n'est pas considérée comme une obligation tirée de la nature des choses, mais comme une possibilité issue d'une simple idée de *courtoisie internationale*, une « concession purement gracieuse »²¹⁵ ; la théorie de la *comitas gentium*²¹⁶ fait de l'arbitraire du juge le principe de résolution des conflits de statuts. La nature du rapport de droit, et en particulier, s'agissant du statut personnel, la nature de la personne n'y joue aucun rôle. C'est ce qui explique aujourd'hui le défaut de réelle conception du statut personnel en droit international privé dans les pays de *common law* : la catégorie n'y dispose pas du support d'une conception de la personne juridique, au contraire de ce que connaît le droit international privé français moderne.

33. Conclusion. – Transition. – Certes, cette prise en compte de la justice en tant que support d'une théorie juridique de la personne n'a pas été immédiate. Elle reste timide au sein de la doctrine française des statuts et la résolution des conflits de lois demeure longtemps un outil d'affirmation d'objectifs politiques, sous la dépendance du droit international public. À cet égard, la théorie personnaliste de Mancini²¹⁷, qui a eu une influence au-delà des frontières de l'Italie et donne un poids inédit à la personne, ne change rien : l'étendue du statut personnel et le passage du critère du domicile à celui de la nationalité sert le renforcement de l'État-nation émergeant au XIX^{ème} siècle. Seul le passage à une conception privatiste de la matière a finalement permis l'abandon du projet politique²¹⁸ et la construction d'une catégorie moderne

²¹⁴ *Op. cit.*, p. 53.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ Sur ce point, voir notamment Jean-Jacques Gaspard FOELIX, *Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, t. I, Librairie A. Marescq, 4^{ème} éd., 1866, 512 p., spéc. pp. 22-23 ; Constantine John COLOMBOS, « La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique britanniques », *RCADI*, vol. 36, 1931, pp. 1-76, spéc. pp. 14-21 ; Antonio TRUYOL Y SERRA, « Théorie du droit international public. Cours général », *RCADI*, vol. 173, 1981, pp. 9-443, spéc. p. 93 : « Les règles sociales sur le plan international constituent le domaine de ce que traditionnellement on appelle la *comitas gentium*, la "courtoisie internationale", l'"usage" (*comity of nations*, *Völkercourtoisie*) : ensemble de pratiques et préceptes de bonne volonté, d'amitié, de considération réciproque observés dans les rapports mutuels entre États, mais sans la conviction d'assumer, en s'y conformant, une obligation juridique quelconque, ce qui est logique, étant donné que ces pratiques et préceptes ne sont pas, par définition, du droit ».

²¹⁷ Sur cette théorie, voir Giulio DIENA, « La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Italie », *RCADI*, vol. 17, 1927, pp. 343-447, spéc. pp. 347-360. Voir *infra*, n^{os} 55-58, 94.

²¹⁸ Sur les fondements de la catégorie en droit international privé, voir *infra*, n^{os} 63-64.

du statut personnel centrée sur la personne. Mais la mise en évidence de la spécificité du statut personnel a permis l'émergence d'une véritable théorie de la personne.

B. La prise en compte par le droit de la spécificité de la personne

34. La personne juridique. Origines. - La notion de personne juridique est déjà connue du droit romain. Étymologiquement, le terme *persona*²¹⁹ désigne le masque porté par les acteurs de théâtre leur permettant d'incarner le rôle qui leur est ainsi assigné. « [D]evenu peu à peu le porteur de masque, l'acteur, puis le personnage joué par l'acteur, le rôle, [... le terme est] passé aux choses de la vie, c'est-à-dire au rôle social joué par le personnage social »²²⁰, et a finalement été transposé en l'état dans le domaine juridique : « [l]a personnalité juridique existait en tant que masque permettant de jouer un rôle ponctuel dans un rapport de droit, mais l'élément de continuité entre toutes ces interventions juridiques était la personne concrète, réelle »²²¹. De même que dans l'Ancien droit, la notion de personne juridique est abstraite, mais fonctionnelle. Elle varie selon les différents rôles joués par l'individu dans sa vie sociale et se définit en fonction du rapport, à l'homme ou aux choses, en cause, donc par des éléments qui lui sont extérieurs.

35. La personnalité juridique fondée sur l'essence de la personne. – Au terme d'une lente évolution, nourrie par celle des idées philosophiques²²² « [visant] le juste invisiblement moral et juridique de son essence »²²³, la signification de la personne juridique se trouve transformée. Certes, la filiation avec la conception romaine de la personne juridique est indéniable. Le Code Napoléon adopte la même « conception désincarnée [de l']être plus défini

²¹⁹ Sur l'influence des termes grecs sur le mot latin, voir Jean-Marc TRIGEAUD, « La personne », in *Le sujet de droit. Arch. phil. droit*, t. 34, Sirey, 1989, pp. 103-121, spéc. pp. 104-105 : « C'est sur le grec *προσωπον* [(prosôpon)] que la personne s'est élaborée dans les temps les plus lointains. Or ce mot neutre, dans sa généralité indifférenciée, renvoie tantôt à un élément naturel qui est la source probable de l'aspect intérieur de la personne, tantôt à un élément artificiel qui s'accorde avec son aspect extérieur habituel. Tantôt, en effet, chez Homère ou chez les Tragiques, il vise la face humaine, le visage proprement dit, dans sa réalité physique et concrète ; tantôt, comme on le remarque chez Aristote avec des commentaires ne laissant aucune équivoque, il s'attache à la figure abstraite dont l'homme réel peut être revêtu, au masque de théâtre et, par là, au rôle qu'il symbolise. Dans le prolongement du premier sens, le pluriel *προσωπατα* [(prosôpata)] paraît faire allusion aux images des ancêtres, regardés par conséquent dans leur individualité. Mais cette connotation vient doubler celle de lat. (*sic*) *imago* dans l'usage tardif de la langue grecque à Rome. Du second sens de *προσωπον* on peut rapprocher dès le début, en revanche le terme *ονσια* [(onsia)], il signifie l'essence ou l'être, la substance ; mais on constate qu'il désigne tout autant les biens acquis, la richesse constituée. Le lat. (*sic*) *persona* semblera être un emprunt à ces deux mots grecs à la fois et, dans sa combinaison avec le grec *ονσια*, il éclairera sur la genèse de la personne juridique conçue comme un statut de raison traduisant un rôle socio-économique, celui assumé par le propriétaire initialement d'une demeure rustique. Être personne selon le droit, ce sera bénéficier de *iura* en fonction de ses avoirs patrimoniaux ».

²²⁰ Nicole SINDZINGRE, Henry DUMÉRY, V° « Personne », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 20 novembre 2017. URL : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/personne/>

²²¹ Aude BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, 472 p., spéc. n° 1, p. 15.

²²² Pour une présentation synthétique des conceptions philosophiques de la personne, voir Myriam HUNTER-HÉNIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, op. cit., n° 73-75, pp. 68-70.

²²³ Jean-Marc TRIGEAUD, op. cit., p. 103.

par le droit que par la nature »²²⁴ que celle qui est connue du droit romain. Mais progressivement, la personne juridique se détache de la personne « réelle », de son existence concrète, et finalement de ses actes. La personnalité juridique, telle qu'elle est connue aujourd'hui du droit français, repose sur la recherche d'un universel, de l'essence de la personne²²⁵. La personne est dès lors « un genre rationnel, [...] elle n'est aucun homme en particulier, aucun individu déterminé, mais l'expression d'un homme modèle »²²⁶. Cette idée prend notamment racine dans la pensée cartésienne, qui distingue la personne du corps humain : *Cogito ergo sum*, l'être doit être recherché dans la conscience, pas dans l'expérience. Ainsi, « [d]ans la philosophie de Descartes, l'essence de la personne se situe en dehors du monde sensible, empirique, corporel. La révélation de mon identité est intérieure, elle résulte de ma conscience, du travail de ma raison sur les évidences innées que contient mon esprit »²²⁷.

36. Le droit français, inspiré par le courant rationaliste, a dès lors adopté une conception ontologique de la personne et a bâti tout un système juridique sur ce fondement. Séparer la personne juridique des spécificités de l'individu et de ses actes pour révéler son essence implique de placer sa condition au cœur de la réglementation et de postuler l'égalité civile entre tous. Ainsi, « le droit français est essentiellement subjectif, mettant la personne au centre de toutes les relations juridiques en en faisant un véritable sujet de droits »²²⁸. Dans la tradition civiliste, la personne est envisagée de manière abstraite, comme « le titulaire de droits et d'obligations qui *peut* exercer une activité juridique »²²⁹. L'élément de continuité ne réside désormais plus dans la personne concrète mais dans le *statut juridique de la personne*. En effet, « [u]ne abstraction progressive de la notion de personne donne une unité à ces interventions juridiques, non plus seulement dans le sujet réel mais un sujet abstrait, au point que la personnalité juridique finit par se concevoir dans la continuité et non plus seulement dans le cadre de tel ou tel rapport de droit »²³⁰. Le droit interne a construit une véritable théorie de la personne, considérée en elle-même et dans son essence.

²²⁴ Philippe MALAURIE, *Les personnes. Les incapacités*, Defrénois, 3^{ème} éd., 2007, 356 p., spéc. n° 1, p. 3.

²²⁵ Voir sur ce point John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1971, traduction Catherine Audard, Le Seuil, 1987, 666 p., spéc. pp. 29-30 : « Chaque personne possède une inviolabilité fondée sur la justice, qui, même au nom du bien-être de l'ensemble de la société, ne peut être transgressée [...]. Les droits garantis par la justice ne sont pas sujets à un marchandage politique ni aux calculs des intérêts sociaux ».

²²⁶ Jean-Marc TRIGEAUD, *op. cit.*, p. 104.

²²⁷ Myriam HUNTER-HÉNIN, *op. cit.*, n° 75, p. 70.

²²⁸ Jean-Marc BISCHOFF, « Préface », in *La capacité de la personne en droit international privé français et anglais*, H. Patrick Glenn, Dalloz, 1975, pp. i-xv, spéc. p. vi.

²²⁹ Philippe MALAURIE, *op. cit.*, n° 2, p. 3. C'est nous qui soulignons.

²³⁰ Aude BERTRAND-MIRKOVIC, *op. cit.*, n° 2, p. 15. Dans le même sens, voir Jean-Marc TRIGEAUD, *op. cit.*, p. 103 : « [Le mot personne] ne se dégage qu'au terme d'une curieuse évolution qui a consisté à saisir une unité cachée sous des expériences multiples ».

37. La visée protectrice de la construction juridique. – Il s'agit là d'une construction, d'un artifice, qui permet de dépasser l'inégalité entre les individus, d'établir « une commune mesure [...] entre des situations qui à première vue sont incommensurables »²³¹, et ainsi d'assurer la condition de l'existence même du droit. À cet égard, Jacques Ellul souligne que « le masque juridique permet de jouer sur des règles communes, qui ne peuvent être *communes* que parce qu'elles ne tiennent compte que de l'identique établi par l'abstraction juridique. Il faut par exemple que théoriquement deux personnes soient considérées comme égales pour que l'acte juridique soit possible entre elles. Bien sûr le droit devra fixer les limites et règles de cette égalité. Mais si cette égalité n'est pas *construite* indépendamment des singularités il n'y a pas de convention possible (qu'elle soit individuelle ou collective). Ainsi, *sachant* que les individus ne sont pas égaux ni semblables, il faut faire "comme si..." en établissant le système de cette égalité »²³². Et l'auteur d'anticiper la critique qui verrait dans une telle conception une déshumanisation du droit : une telle entreprise n'a pas vocation à nier l'existence de la personne réelle, de l'individu, mais au contraire à la protéger. Le fait que le droit ne se fonde pas sur des caractéristiques individuelles, relevant de l'intimité, permet de prémunir tout individu d'une immixtion de la société dans sa vie privée. Filant la métaphore de la *persona* romaine, Jacques Ellul considère ainsi que « [l']acteur est protégé par son masque : il n'est pas livré en pâture aux appétits des spectateurs. Et de même le droit sert d'écran entre l'individu et les mécanismes. Le droit, ni la société n'ont pas la permission de fouiller dans le secret ; le plus profond, le plus mystérieux de l'homme n'appartient qu'à lui-même, et à Dieu, ou à personne. Sûrement pas à la société : et c'est la noblesse de cette convention juridique, de cette fiction d'imposer miséricordieusement, respectueusement à l'homme ce masque, grâce auquel l'homme peut intervenir dans la réalité sociale sans être sommé de se livrer tout entier, de se jeter en pâture au public et au social »²³³.

38. Une visée relayée par le statut personnel en droit international privé. – Ceci explique à la fois l'existence de la catégorie du statut personnel en droit international privé, et son objectif, qui est d'assurer une protection de la personne elle-même, indépendamment de ses actes. La spécificité à cet égard du droit français, mais aussi plus largement des droits

²³¹ Jacques ELLUL, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception (I) », *Le dépassement du droit. Arch. phil. droit*, 1963, pp. 21-33, spéc. p. 27. Dans le même sens, voir Otto PFERSMANN, « Identité descriptive et identité prescriptive », in *L'identité juridique de la personne humaine*, Géraldine Aïdan, Émilie Debaets (dir.), Actes du colloque organisé avec le soutien du Collège des Écoles Doctorales, de l'École Doctorale de Droit public, du Centre de Recherches en Droit Constitutionnel, et du Centre d'Études et de Recherche en Administration Publique, à l'Université Paris I - Panthéon-Sorbonne, le 1^{er} octobre 2009, L'Harmattan, 2013, pp. 413-418, spéc. p. 416 : « si les normes juridiques sont définies par rapport à des destinataires, cela suppose une ontologie de l'ensemble "destinataires" présentant un degré suffisant de détermination et de différenciation ».

²³² Jacques ELLUL, *op. cit.*, *loc. cit.*

²³³ *Op. cit.*, p. 26.

continentaux, est d'autant plus frappante lorsqu'elle est comparée aux droits des pays de *common law*. Dans ces derniers pays, le droit ayant principalement été forgé par les juges à l'occasion de litiges, l'accent n'est pas mis sur la condition de la personne, mais au contraire sur ses actes. L'approche systématique et abstraite, égalitaire, qui caractérise tant le Code civil de 1804 est marginale dans ces systèmes où règnent la casuistique et la liberté individuelle. Dès lors, le droit anglais, notamment, ne connaît pas de véritable théorie de la personne, de droit interne des personnes. Le peu de cas fait à la personne en tant que sujet de droit en droit interne conduit nécessairement à une conception très restrictive, sinon inexistante, du statut personnel en droit international privé²³⁴. La place variable occupée par le statut personnel selon que l'on examine les systèmes juridiques continentaux ou de *common law* s'explique donc par ces différences d'appréhension de la personne en droit interne.

39. Conclusion du paragraphe. – Transition. – L'idée de justice et la démarche dictée par la raison qui en découle ont donc permis de dégager les caractères propres de la personne, et d'en construire une définition abstraite, fondée sur son essence. Mais la description de la conception abstraite de la personne juridique ne suffit pas à mettre en évidence les spécificités de la construction de la catégorie conflictuelle ; elle n'en explique que l'existence et, partiellement, l'étendue. Son objectif de permanence, et le régime mis en place pour la garantir, dépendent, eux, des fonctions de l'individualisation de la personne juridique par son état en droit interne.

II. Les fonctions internes de l'état, reflet de la spécificité de la personne

40. Plan. – Dès lors que le droit appréhende la personne comme un sujet de droit, titulaire de droits et d'obligations, la personnalité juridique suppose, pour être effective, une identification stable. C'est en effet la définition de l'identité de la personne par le droit qui la

²³⁴ Sur ce point, voir par exemple, dans une comparaison avec les États-Unis et les pays de droit musulman, Georges VAN HECKE, « Principes et méthodes de solution des conflits de lois », *RCADI*, vol. 126, 1969, pp. 405-569, spéc. pp. 538-539 : « En Europe continentale on considère généralement comme appartenant au statut personnel les matières suivantes : la capacité tant de jouissance que d'exercice, les droits de la personnalité, les relations familiales (mariage, divorce, filiation, adoption) et même, dans certains pays, la succession non seulement mobilière mais aussi immobilière. Aux États-Unis, au contraire, l'importance du statut personnel est réduite par le triple phénomène de la compétence étendue de la *lex rei sitae* en matière immobilière, de la soustraction de la capacité à la loi du domicile et de l'importance de la *lex fori* en matière familiale. À l'autre extrémité on peut citer les pays qui n'ont pas de droit civil territorialement unifié et qu'on appelle souvent les pays de "statut personnel". Dans ces pays, qui sont en ordre principal les pays qui ont subi l'influence du droit musulman, le statut personnel à base religieuse est très large car, traditionnellement, il englobe, outre les matières familiales, les successions, les régimes matrimoniaux et la propriété immobilière ». Sur l'état en droit anglais, voir Carleton Kemp ALLEN, « Status and capacity », *Law Quarterly Review*, vol. 46, 1930, pp. 277-310 ; Ronald Harry GRAVESON, *Status in the common law*, Londres, Athlone Press, 1953, xxiv-151 p., et le compte-rendu par Marthe Simon-Depitre, *RCDIP*, 1954, n° 3, pp. 643-644.

fait exister sur la scène juridique. Le droit français s'est donc employé à définir des critères, certes communs à toutes les personnes, mais permettant d'identifier chaque individu²³⁵. Ils traduisent la première fonction d'identification sociale que revêt l'état des personnes, qui correspond au « versant communautaire »²³⁶ de l'identité, instrument de police civile (A). Mais l'identité ne se limite pas à une identification extérieure, par l'autre. Au sein du groupe, l'individu se construit pour lui-même. Dès lors, l'attribution ou la reconnaissance de ces qualités par le droit contribue en retour à la construction personnelle de l'individu et révèle le « versant individualiste »²³⁷ de l'état des personnes (B).

A. La fonction identificatrice de l'état comme institution de police

41. Un instrument d'organisation sociale. – Dire que l'état est une institution de police, c'est, en se référant au sens du mot grec *polis*, la cité, le considérer en tant qu'outil d'organisation de la vie sociale, servant en premier lieu un intérêt public. *Ubi societas, ibi ius*, cette acception de l'identité est par conséquent déjà connue des sociétés antiques alors même que le groupe y prévaut sur l'individu. Mieux, cette organisation sociale ancre profondément et pendant des siècles la notion d'identité dans sa fonction identificatrice : il s'agit alors de déterminer la position de l'individu par rapport au groupe, social ou familial. Ainsi, historiquement, l'identité renvoie principalement à « un système d'identification sociale, considérée comme un moyen de contrôle et d'intégration »²³⁸, qui a pu servir simultanément d'instrument de restauration de la stabilité sociale²³⁹ et d'outil d'affirmation de la domination politique²⁴⁰, ce qui explique à la fois son succès dans certains États et son rejet par d'autres²⁴¹.

42. En France, en raison de la place accordée au sujet de droit, le processus d'identification des individus est perçu comme étant consubstantiel à l'organisation étatique. « [D]u point de vue *collectif, social*, la nécessité d'identifier les composantes de la population est évidente, elle est constitutive du fonctionnement des institutions et de la gestion politique des populations, de

²³⁵ Sur la dualité de la notion d'identité, voir Marie-Noël CAPOGNA, « Identité juridique et identité culturelle de la personne physique : quels rapports ? », in *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Jacqueline Pousson-Petit (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 911-934, spéc. p. 913.

²³⁶ Fanny VASSEUR-LAMBRY, « Compte rendu de l'ouvrage *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Jacqueline Pousson-Petit (dir.) », *LPA*, 6 mai 2004, n° 91, pp. 5-13, spéc. p. 5.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Ibid.* Voir aussi sur la fonction identificatrice de l'état, Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, *Droit international privé*, op. cit., n° 277, pp. 460-461 : « L'état des personnes englobe les règles relatives à leur *identification individuelle* (nom, domicile, état civil) et à leurs *relations de famille* (mariage, filiation) ». Ce sont les auteurs qui soulignent.

²³⁹ Sur le plan interne, Daniel Gutmann rappelle que la stabilité de l'identité civile a été perçue, au moment de l'adoption du Code civil de 1804, comme « le moyen privilégié d'assurer l'ordre retrouvé [...]. La stabilité de l'état était, dans ce contexte, une stabilité de condition » : Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2000, xi-520 p., spéc. n° 144, p. 139.

²⁴⁰ Jacqueline POUSSON-PETIT, « Conclusion », in *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, op. cit., pp. 979-984, spéc. p. 980.

²⁴¹ Sur l'exemple du Royaume-Uni, voir *infra*, n° 46.

leur gouvernementalité. [...] Les éléments qui composent le social doivent être définis, classés, répertoriés pour pouvoir être administrés, contrôlés, soutenus et que leurs relations soient organisées, enregistrées, gérées et puissent se réguler »²⁴². Il s'est d'abord agi d'identifier les citoyens – et plus tard les nationaux – à des fins politiques, militaires et fiscales ; puis de prévenir les mariages entre parents, à une époque où, à la suite de l'ordonnance de Villers-Cotterêts et du Concile de Trente, les registres paroissiaux des baptêmes et des décès puis des mariages déploient des effets civils, et où la règle de la transmission du nom du père s'impose ; enfin d'assurer la sécurité du commerce dans une société médiévale marchande. De ce point de vue, l'identification intéresse non seulement les autres membres du corps social, qui, « [p]our vivre entre eux, commercer, s'engager, transmettre, s'unir, se séparer, engendrer, etc., [...] ont besoin de repères sur l'identité d'autrui »^{243 244}, mais aussi, et peut-être d'abord, l'État, « la plus puissante matrice d'individualisation »²⁴⁵. L'État est intéressé par l'identification des individus en ce qu'il est chargé de rendre ces relations possibles tout en garantissant la paix sociale. Dans cette perspective, sa fonction de maintien de l'ordre public nécessite de pouvoir déterminer avec certitude l'identité et la localisation des individus²⁴⁶ et rattacher chaque individu à un groupe social. L'identification est alors apparue comme un moyen d'affirmation de la domination du pouvoir politique sur une population. Cette dimension s'est considérablement renforcée à partir de la révolution industrielle « pour contrôler la dangerosité des classes populaires »²⁴⁷. Ainsi « [s]e développe à ce moment-là [...] tout un système d'*identification sociale* des individus qui, en les répertoriant, les classant et les inscrivant dans leurs groupes de référence les fixent en les appréhendant dans les multiples facettes de leur identité. À travers cette inscription identitaire, la *police des familles* et celle des individus peuvent véritablement s'exercer, par l'enregistrement social des états biologiques et sociaux de la vie d'un individu, de sa naissance à sa mort, retranscrivant symboliquement dans une *carte d'identité* l'essentiel de son profil identitaire : nom, nom marital, prénom, date et lieu de naissance, photographie, sexe et caractéristiques physiques, nationalité, domicile, signature »²⁴⁸.

²⁴² Gérard NEYRAND, « Identification sociale, personnalisation et processus identitaires », in *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, op. cit., pp. 93-104, spéc. p. 93.

²⁴³ Philippe MALAURIE, *Les personnes. Les incapacités*, op. cit., loc. cit.

²⁴⁴ Sur l'importance de ces considérations en matière économique, malgré « une certaine dépersonnalisation des contrats », voir Jean-François RENUCCI, « L'identité du cocontractant », *RTD com.*, 1993, pp. 441-483.

²⁴⁵ Fanny VASSEUR-LAMBRY, op. cit., loc. cit. En ce sens, voir aussi Suzanne VIGNERON, *L'identité des personnes. Sa protection légale*, Sirey, 1937, iii-187 p., spéc. p. 7 : « La sécurité des transactions exige que personne ne dissimule sa propre identité ; la répression doit pouvoir atteindre le coupable dans sa véritable identité » ; Florence BELLIVIER, *Droit des personnes*, LGDJ, 2015, 288 p., spéc. n° 47, p. 65.

²⁴⁶ En ce sens, voir Philippe MALAURIE, op. cit., loc. cit.

²⁴⁷ Gérard NEYRAND, op. cit., p. 98.

²⁴⁸ *Ibid.* C'est l'auteur qui souligne.

43. Identité abstraite et identité inter-temporelle. – La possibilité d'identification et la construction de l'état des personnes par ces éléments qui traduisent une certaine stabilité reposent sur une double identité. En premier lieu, la conception abstraite des personnes juridiques permet de toutes les considérer sur un pied d'égalité en dépassant les inégalités concrètes²⁴⁹. En second lieu, la personne juridique étant titulaire de droits et d'obligations, l'imputation nécessaire à l'effectivité de la personnalité juridique implique de considérer l'identité en tant que « mêmété ». L'idée n'est pas nouvelle ; elle cimente depuis longtemps la construction du droit français. Un auteur relève ainsi que « [c]hez Voltaire comme chez Locke, la question du rapport de l'identité et de la personne est d'emblée posée au regard d'une problématique juridique (il faut savoir qui punir, donc déterminer le sujet de l'imputation), elle conduit aussi à assimiler *personne* et *individu* et l'identité de la personne se fonde non pas sur le corps, changeant, mais sur le "sentiment continu" de ce que l'on a été et de ce que l'on est, *i.e.* la mémoire »²⁵⁰. L'identité est ici appréhendée dans sa dimension temporelle. C'est parce que l'individu, malgré les changements qui affectent son corps et son esprit, reste fondamentalement le même et parce qu'il est dépositaire d'une certaine mémoire de sa personne, qu'il est concevable de lui imputer des actes postérieurement à leur commission. Sans cette « identité inter-temporelle [...] il ne pourrait y avoir une responsabilité au sens juridique du terme, c'est-à-dire de structures normatives organisant les conséquences d'une action par rapport à son auteur »²⁵¹. La définition de la personne juridique se rapproche alors de celle du sujet d'attribution en philosophie²⁵². En effet, une approche philosophique de la conception juridique de l'identité conduit Paul Ricœur à constater que, « en dépit du changement, nous attendons d'autrui qu'il réponde de ses actes comme étant le même qui hier a agi et aujourd'hui doit rendre des comptes et demain porter les conséquences »²⁵³.

Cette identité inter-temporelle, condition de l'imputation de ses actes à la personne juridique, se traduit par une stabilité de l'identification dans le temps. Le droit français y procède par la définition de caractéristiques composant l'état des personnes qui rendent l'individu « repérable »²⁵⁴. Leur choix repose sur cette exigence de stabilité que souligne la notion d'état, « qui vient du latin "*status*" (de "*stare*" "être debout") [...] : l'état des personnes

²⁴⁹ Voir *supra*, n° 36.

²⁵⁰ David DEROUSSIN, « Éléments pour une histoire de l'identité individuelle », in *L'identité, un singulier au pluriel*, Blandine Mallet-Bricout, Thierry Favario (dir.), Dalloz, 2015, pp. 7-23, spéc. p. 19, se référant à Voltaire, *Questions sur l'Encyclopédie*, Paris, 1771, vol. 7, p. 136. C'est l'auteur qui souligne.

²⁵¹ Otto PFERSMANN, *op. cit.*, p. 415.

²⁵² Sur ce parallèle entre droit et philosophie, voir David DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 7.

²⁵³ Paul RICOEUR, « Autonomie et Vulnérabilité », *Le Juste* 2, Esprit, 2001, 297 p., pp. 85-107, spéc. p. 92, cité par Louis-Léon Christians, « Dimension philosophiques et religieuses des approches juridiques de l'identité », in *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, *op. cit.*, pp. 63-92, spéc. p. 66.

²⁵⁴ Florence BELLIVIER, *op. cit.*, n° 47, p. 65.

traduit les qualités stables de la personne, c'est-à-dire les qualités qui ne changent pas suivant le lieu (ou le point de la trajectoire) où elle se trouve »²⁵⁵ et qui permettent de déterminer son « appartenance juridique [...] à un groupe (la cité ou la famille par exemple) ou une catégorie (homme/femme par exemple) »²⁵⁶. Dès lors, si ces caractéristiques renseignent avant tout sur l'individu, leur détermination et leur régime procèdent d'une analyse sociale²⁵⁷. En droit français, il s'agit, d'une part, du nom, du domicile, du sexe et de la nationalité, qui permettent une identification en apparence strictement individuelle et figurent à ce titre sur l'ensemble des documents d'état civil, et, d'autre part, de la filiation et du mariage qui permettent à la fois de situer socialement la personne et de déterminer les éléments strictement identificateurs de l'identité. Chacune de ces indications porte en elle cette double dimension, individualisant la personne tout en la rattachant à un groupe.

44. L'exemple du nom. – Le nom a, à cet égard, un caractère paradigmatique. Plus que tout autre, il permet d'identifier la personne, et est, à ce titre, traditionnellement régi par des règles marquées du sceau de l'impérativité. Cela se manifeste tout d'abord en matière de port du nom²⁵⁸ : aux termes de l'article 433-19 du Code pénal, toute personne a l'obligation de s'identifier en précisant le nom qui figure dans ses actes d'état civil dans tout « acte public ou authentique ou dans un document administratif destiné à l'autorité publique ». De même, le régime de la détermination et celui du changement de nom soulignent qu'il s'agit d'une institution de police. Ainsi, jusqu'à l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2005, de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, la volonté des parents ne joue aucun rôle dans l'attribution du nom de famille à l'enfant et la loi du 6 fructidor an II a longtemps interdit tout changement de nom ultérieur par l'individu concerné²⁵⁹. L'article 2 de la loi du 4 mars 2002 opère, certes, un changement de perspective puisque le principe n'est désormais plus l'application d'office d'un nom défini par le législateur (celui du père autrefois, celui de l'un des parents ou ceux des deux parents selon la situation aujourd'hui²⁶⁰) : l'article 311-21 du

²⁵⁵ *Ibid.* En ce sens, voir aussi François TERRÉ, Dominique FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes*, Précis, Dalloz, 8^{ème} éd., 2012, 934 p., spéc. n° 127, p. 142 : « l'état traduit les qualités permanentes de la personne » ; Philippe MALAURIE, *op. cit.*, n° 101, p. 24 : « L'identification de la personne constitue un élément de son état civil, c'est-à-dire la place qu'elle occupe pendant sa vie dans la société et dans la famille auxquelles elle appartient : le fait d'être. L'état en traduit les qualités permanentes, celles qui ne changent pas selon le lieu où elle se trouve : la nationalité, la filiation, le mariage et le sexe ».

²⁵⁶ Florence BELLIVIER, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁵⁷ En ce sens, se référant à Charles Taylor, *Le malaise de la modernité*, Cerf, coll. Humanités, 1994, 127 p., pp. 44-47, voir Louis-Léon CHRISTIANS, « Dimension philosophiques et religieuses des approches juridiques de l'identité », in *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, *op. cit.*, pp. 63-92, spéc. pp. 67-69.

²⁵⁸ En ce sens, voir François TERRÉ, Dominique FENOUILLET, *op. cit.*, n° 176, p. 180.

²⁵⁹ Article 1^{er} : « Aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance : ceux qui les auraient quittés seront tenus de les reprendre ».

²⁶⁰ L'article 311-21 du Code civil poursuit en effet ainsi : « En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel

Code civil prévoit que « [l]orsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu ». Mais si la volonté individuelle s'est vue reconnaître une place dans la définition du nom, cette libéralisation doit être nuancée. *Primo*, elle correspond à une politique législative favorable à « l'égalité entre les sexes et entre les filiations »²⁶¹, dont le nom, *parce qu'il est une institution de police*, constitue un vecteur privilégié. *Secundo*, elle est strictement encadrée par la loi. L'article 311-21 du Code civil énumère limitativement les noms que les parents peuvent choisir : « soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux ». Et si un individu peut changer de nom, c'est à la condition de justifier d'un intérêt légitime, le changement devant également être autorisé par décret²⁶². Il ne saurait en être autrement dans un référentiel où les critères de l'identité, au-delà de leur fonction identificatoire, ont une signification sociale. Ils sont un « signe »²⁶³ adressé à la société : le nom donne une indication sur la filiation ou le mariage, le sexe juridique donne une indication sur le sexe biologique²⁶⁴ ou, dorénavant, psychologique²⁶⁵. Dans ces conditions,

sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre. En cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique ».

²⁶¹ Philippe MALAURIE, *op. cit.*, n° 108, p. 25.

²⁶² Article 61 §§ 1 et 3 du Code civil.

²⁶³ Daniel GUTMANN, *op. cit.*, n° 415, p. 347.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ Sur la prise en compte de l'identité psychologique par le droit, voir *infra*, n°s 48-50. La rigidité de l'encadrement des éléments de l'état conditionne d'ailleurs en partie la reconnaissance de l'identité psychologique et son étendue. Ce phénomène s'est ainsi illustré, dans un premier temps, dans le traitement juridique des demandes de changement de sexe à l'état civil par les personnes transsexuelles, puis, dans un second temps, quant à la question de l'adaptation de la mention à l'état civil du sexe des personnes intersexuées.

L'identité des personnes transsexuelles. – Après avoir fondé sur le principe d'indisponibilité de l'état un principe d'interdiction de la modification de l'état civil des personnes transsexuelles – seule une « intervention [...] révélatrice de caractères préexistants, et non artificiellement créatrice » pouvant être prise en considération dans un premier temps – (Civ. 1, 16 décembre 1975, n° 73-10.615, *D.*, 1976, p. 397, note R. LINDON ; *JCP*, 1976, II, 18503, note J. PENNEAU), la jurisprudence de la Cour de cassation a évolué pour tenir compte, bien qu'implicitement, d'une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement du droit au respect de la vie privée (CEDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, req. n° 13343/87, *Série A*, n° 232-c ; *AJDA*, 1992, p. 416, chron. J.-F. FLAUSS ; *D.*, 1992, p. 323, chron. C. LOMBOIS ; *ibid.*, p. 325, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, 1993, p. 101, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.*, 1992, p. 540, obs. J. HAUSER ; *JCP*, 1992, II, 21955, note T. GARÉ). L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a ainsi considéré dans un deuxième temps que, « lorsqu'à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence » (Ass. plén., 11 décembre 1992, n° 91-11.900 et n° 91-12.373 (deux arrêts), *JCP G*, 1993, II, 21991, concl. M. JÉOL, note G. MÉMETEAU ; *RTD civ.*, 1993, p. 325, obs. J. HAUSER). Cette solution, qui met en lumière la dimension signifiante de l'état civil, a été rappelée – quoique certaines conditions aient, semble-t-il, été assouplies – par la première chambre civile qui considère que, « pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la

« [l]aisser à la discrétion de l'individu le changement du signifiant en dépit de la permanence du signifié ne peut donc être envisagé à la légère, à la seule lumière de l'intérêt allégué des individus. Il y va en effet de l'intérêt de la société »²⁶⁶. En outre, les règles relatives à l'attribution du nom révèlent « le rattachement d'une personne à un groupe social ; il évoque l'histoire familiale de la personne qu'il désigne, en même temps que, de manière incertaine, il en suggère l'origine territoriale, l'appartenance à une région ou à un État »²⁶⁷, d'origine du moins. Aussi, le régime du nom est fréquemment modifié ou, *a minima*, adapté au gré des réformes du droit de la filiation ou du mariage²⁶⁸. Considérations de droit privé et de droit public s'entremêlent ainsi pour former le régime juridique du nom, et ce phénomène concerne de la même manière chacun des autres éléments constitutifs de l'identité civile²⁶⁹.

transformation de son apparence » (Civ. 1, 7 juin 2012, n° 10-26.947 et n° 11-22.490 (deux arrêts), *Bull. civ.*, 2012, I, n°s 123 et 124 ; *D.*, 2012, p. 1648, note F. VIALLA ; *AJ fam.*, 2012, p. 405, obs. G. VIAL ; *Dr. fam.*, 2012, comm. 131, note Ph. REIGNÉ ; *JCP G*, 2012, act. 697, obs. F. VIALLA ; *ibid.*, act. 717, obs. J. JEHL ; *Gaz. Pal.*, 21 juin 2012, n° 173, p. 8, note J.-D. SARCELET ; *RJPF*, juillet-août 2012, p. 14, note I. CORPART ; Civ. 1, 13 février 2013, n° 11-14.515 et n° 12-11.949 (deux arrêts), *Bull. civ.*, 2013, I, n°s 13 et 14 ; *D.*, 2013, p. 499, obs. I. GALLMEISTER ; *ibid.*, p. 1089, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *AJ fam.*, 2013, p. 182, obs. G. VIAL ; *Dr. fam.*, 2013, comm. 48, note Ph. REIGNÉ).

L'identité des personnes intersexuées. – Dans une espèce concernant une personne identifiée à l'état civil comme étant de sexe masculin mais qui, d'après les termes du pourvoi, « était biologiquement intersexué[e] et ne se considérait, psychologiquement, ni comme un homme ni comme une femme » et qui demandait de faire figurer sur ses documents d'état civil la mention « sexe neutre », la Cour de cassation a rejeté cette possibilité en rappelant d'une part que « la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin » et d'autre part que « si l'identité sexuelle relève de la sphère protégée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes d'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur » (Civ. 1, 4 mai 2017, n° 16-17.189, *D.*, 2017, p. 981 ; *ibid.*, p. 1399, note J.-P. VAUTHIER, F. VIALLA ; *ibid.*, p. 1404, note B. MORON-PUECH ; *AJ fam.*, 2017, p. 329, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.*, p. 354, obs. J. HOUSIER ; *RTD civ.*, 2017, p. 607, note J. HAUSER ; *JCP G*, 2017, doct. 716, étude M. GOBERT ; *Gaz. Pal.*, 16 mai 2017, n° 19, p. 20, note P. LE MAIGAT ; *LPA*, 16 juin 2017, n° 120, p. 18, note M. PÉRON). La Cour a considéré qu'elle ne pouvait se substituer au législateur sur ce point.

²⁶⁶ Daniel GUTMANN, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶⁷ Philippe MALAURIE, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶⁸ Par exemple, la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille tire les conséquences en matière de nom de l'égalité entre les filiations légitime et naturelle ; la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe modifie certaines dispositions en matière de nom pour les adapter aux situations des couples homosexuels mariés.

²⁶⁹ Pour un tel constat au sujet de la nationalité, voir François TERRÉ, Dominique FENOUILLET, *op. cit.*, n° 128, p. 143 : « Il y a, dans l'état civil de la personne, deux aspects intimement liés, comme l'envers et l'endroit d'une même réalité. D'un côté, il y va de ce qu'il y a d'essentiel en chacun dans la mesure où, être individuel, il est aussi être social. Sa famille, son sexe, son nom, sa nationalité, son ancrage géographique, tout cela contribue puissamment à constituer son identité, ce qui le fait être à la fois toujours lui-même et toujours différent de lui-même, en soi et pour soi coexistant pour le meilleur et pour le pire. Tout cela, bien entendu, porte le regard du côté du droit privé. Mais regardons l'autre face. Tous ces éléments sont aussi ceux qui intéressent le groupe social. Et il n'en est pas un seul qui ne manifeste l'autre regard, celui que l'État porte sur l'individu, parce que, sans eux, il n'est rien d'autre qu'un cadre vide, qu'une vaine abstraction. On se trouve alors situé dans la perspective du droit public. Mais qui ne voit que la distinction du public et du privé n'est plus alors ontologique, mais seulement méthodologique ? La notion de nationalité est, à cet égard, particulièrement éclairante : elle concerne très directement le droit public ; et pourtant les critères de son attribution sont assez largement sous la dépendance du droit privé ».

45. Cet encadrement des critères de l'identité, dont le cumul est destiné à permettre l'identification la plus précise possible de la personne, sert aussi sa protection. En effet, la personne ne pouvant pleinement accéder à la vie juridique que si elle est identifiée²⁷⁰, la possibilité de lui accorder des droits de même que celle de contracter des obligations y sont subordonnées²⁷¹ : l'intérêt public est donc double.

46. Perspective comparatiste. – C'est un esprit fort différent qui anime, sur ce point, le droit britannique. L'incomplétude de l'état civil au Royaume-Uni n'est pas perçue comme une défaillance, mais résulte d'un choix et d'une organisation politique libérale : elle « traduit le refus idéologique de l'identification de l'individu par une autorité étatique »²⁷². L'état civil y a une dimension qui peut être qualifiée d'historique, puisque les informations concernant l'individu ne sont pas mises à jour régulièrement, et éminemment personnelle, non seulement vis-à-vis de l'État – « il n'existe ni carte d'identité, ni livret de famille »²⁷³ –, mais aussi vis-à-vis du reste de la société. L'exemple du nom est à nouveau révélateur à cet égard, puisque, d'une part, il « est un simple signe d'identification de l'individu [...] qui] a une maîtrise totale sur cet élément qui est un instrument choisi au service de relations sociales »²⁷⁴, ainsi soumis à un régime de pur droit privé, et, d'autre part, il « est dissocié de la filiation, du mariage et de la nationalité [...]. Le nom est un signe d'identification purement personnel et non familial, tout à fait disponible. L'individu a le droit d'en faire un élément de sa propre identité sans se soucier de la société et des tiers »²⁷⁵. L'approche libérale de l'identité adoptée outre-Manche correspond à un système de *common law* plus intéressé par les actes que par la condition juridique des personnes, et peu enclin à établir une égalité abstraite entre les individus²⁷⁶ dans laquelle le droit français trouve ses fondements.

47. Transition. – Mais si le droit français a longtemps justifié le besoin de stabilité de l'identité par les nécessités de l'organisation sociale, saisissant l'individu dans ses relations avec l'État et dans ses relations juridiques avec les tiers, à l'ère des droits de l'homme, le droit se préoccupe de plus en plus de la dimension personnelle de l'identité. Dans ce contexte, l'identité civile constitue également un facteur de construction de l'identité personnelle.

²⁷⁰ Sur ce point, voir *supra*, n^{os} 41-42.

²⁷¹ En ce sens, voir Pierre MURAT, « L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité », in *L'identité, un singulier au pluriel*, *op. cit.*, pp. 51-73, spéc. p. 55.

²⁷² Fanny VASSEUR-LAMBRY, *op. cit.*, p. 8.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ Jacqueline POUSSON-PETIT, « L'identité de la personne humaine au Royaume-Uni », in *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, *op. cit.*, pp. 343-365, spéc. p. 349.

²⁷⁵ *Op. cit.*, pp. 349-350.

²⁷⁶ Sur ce point, voir *supra*, n^o 38.

B. La fonction identitaire de l'état

48. La prise en compte de l'ipséité comme une composante de l'identité juridiquement protégée. – L'identité civile est un construit, elle n'est pas consubstantielle à la personne qu'elle désigne. À ce titre, il a pu être constaté que le droit ne s'est longtemps intéressé qu'aux critères pouvant répondre à la question de savoir « pourquoi peut-on dire de quelqu'un qu'il est une personne »²⁷⁷, sans chercher à définir l'individu dans ce qui le rend irréductible à toute autre personne, son ipséité. Cette approche correspond à la volonté de définir une personnalité juridique abstraite, entre des individus partageant une essence commune, et devant, pour cette raison, jouir d'une égalité abstraite.

Pourtant, à la faveur d'un développement individualiste du droit, et en particulier du droit des personnes, la construction de l'individu est apparue affectée par celle de son identité juridique, et l'idée s'est développée selon laquelle, en retour, la psychologie de l'individu doit être prise en compte dans le cadre de l'élaboration des règles de droit. L'individu se veut désormais acteur de son identité et plus seulement « sujet de son identification sociale »²⁷⁸. L'époque contemporaine connaît donc un glissement des fonctions de l'identité civile, se rapprochant toujours plus de la construction personnelle de l'individu. D'une identité institution de police, instrument de domination politique, elle est devenue une « identité *normative*, conçue comme *exigence* de droit »²⁷⁹, attribut de la personnalité, une « identité sommée de rendre compte de la liberté et de la volonté du sujet »²⁸⁰. Pierre Murat remarque à cet égard que « [l']identité psychologique, l'ipséité, trouve désormais un écho favorable en droit : les incidences psychologiques individuelles d'une question juridique, les différences de perception d'un individu à l'autre sont davantage que naguère prises en compte dans l'élaboration des règles générales »²⁸¹. En matière d'état, c'est ce qui a conduit le législateur à admettre, tout en l'encadrant, le jeu de la volonté individuelle en matière de nom²⁸² ou de nationalité, à reconnaître une place à la filiation sociologique, infléchissements qui tous concourent à une réappropriation de son état par l'individu.

²⁷⁷ David DEROUSSIN, « Éléments pour une histoire de l'identité individuelle », *op. cit.*, p. 9.

²⁷⁸ Fanny VASSEUR-LAMBRY, *op. cit.*, p. 5. En ce sens, voir aussi Gérard NEYRAND, « Identification sociale, personnalisation et processus identitaires », *op. cit.*, pp. 102-103 : « On se trouve ainsi paradoxalement confronté à une société paradoxale dans son évolution qui, en développant l'interdépendance de chacun à l'égard d'autrui dans la complexification de la division du travail social, amène le sujet à une conscientisation accrue de ce qui pour lui constitue sa "différence" au sein de la multiplicité des rôles et des positions sociales qui entremêlent ses positionnements identitaires. À la nécessité sociale d'être identifié s'est superposée une nécessité psychique constitutive pour l'individu de sa capacité à se concevoir comme le Sujet de sa propre existence et qui rend compte de l'importance prise par la problématique identitaire ».

²⁷⁹ Gérard NEYRAND, *op. cit.*, *loc. cit.* C'est l'auteur qui souligne.

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ Pierre MURAT, « L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité », *op. cit.*, p. 51.

²⁸² Sur ce point, voir *supra*, n° 44.

49. L'incursion des droits fondamentaux dans la définition de l'état. – L'importance considérable prise au cours des dernières décennies, en particulier en droit des personnes, par le droit au respect de la vie privée et familiale a transformé l'identité en terrain d'élection de l'affrontement de revendications individuelles et en définitive de droits fondamentaux entre lesquels l'arbitrage s'avère souvent malaisé. Cette évolution affecte tous les critères de l'identité civile : le nom, dans une certaine mesure, peut être choisi et n'est plus immuable²⁸³ ; le domicile « se présente comme un droit de vivre dans un environnement sain, un droit d'entretenir des relations avec autrui, un droit au bien-être, à l'épanouissement personnel »²⁸⁴. Au-delà de l'idéal fixé par l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme²⁸⁵ selon lequel « tout individu a droit à une nationalité » et malgré la compétence de principe de l'État en la matière, l'importance prise par le droit au respect de la vie privée et familiale sous l'influence du Conseil de l'Europe et le développement d'une citoyenneté européenne au sein de l'Union européenne ont conduit à encadrer les conditions de refus d'attribution²⁸⁶ ou de retrait²⁸⁷ de sa nationalité par un État, et ainsi à assimiler la nationalité à un « droit à... ». Le sexe enfin, qui a longtemps semblé juridiquement hermétique à la psychologie de l'intéressé, est passé d'un simple élément de l'état civil à un droit de la personnalité²⁸⁸. Néanmoins, comme cela a pu être relevé, « [l]'expression la plus flagrante de cette pulvérisation du droit objectif réside sans doute dans le droit de la filiation qui abrite aujourd'hui essentiellement des conflits entre les droits fondamentaux : le droit de l'enfant à établir sa filiation se heurte à celui de sa mère qui désire accoucher dans l'anonymat, le droit à une filiation affective s'oppose au droit à une filiation purement biologique »²⁸⁹.

50. L'influence réciproque entre les deux types d'identité. – Un tel développement a pu être perçu comme une menace pour l'ordre public et l'indisponibilité de l'état²⁹⁰. Cette influence de l'ipséité sur le droit ne doit pas être synonyme d'inconstance, car la stabilité du

²⁸³ Sur ce point, voir *supra*, n° 44.

²⁸⁴ Jacqueline POUSSON-PETIT, « Conclusion », *op. cit.*, p. 983.

²⁸⁵ Article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 : « 1. Tout individu a droit à une nationalité. 2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité, ni du droit de changer de nationalité ».

²⁸⁶ Voir par exemple CEDH, 12 janvier 1999, *Karashev c. Finlande*, req. n° 31414/96, *Rec. CEDH*, 1999-II, p. 403 ; CEDH, 22 juin 2006, *Kaftailova c. Lettonie*, req. n° 59643/00 ; CEDH, 13 juillet 2010, *Kuric et al. c. Slovénie*, req. n° 26828/06.

²⁸⁷ Voir par exemple CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08, *Rec.*, 2010, p. I-01449 ; *AJDA*, 2010, p. 937, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT ; *D.*, 2010, p. 2868, obs. O. BOSKOVIC ; *RCDIP*, 2010, p. 540, note P. LAGARDE ; *RSC*, 2010, p. 709, chron. L. IDOT ; *RTD eur.*, 2010, p. 599, chron. L. COUTRON ; *ibid.*, p. 617, chron. É. PATAUT ; *Rev. UE*, 2013, p. 45, chron. E. SABATAKAKIS ; *Europe*, 2010, étude 7, J. HEYMANN.

²⁸⁸ Ass. plén., 11 décembre 1992, précité, et les autres arrêts cités *supra*, note 265.

²⁸⁹ Jacqueline POUSSON-PETIT, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁹⁰ *Ibid.*

droit est une condition primordiale de la construction du sentiment d'identité²⁹¹. L'individu ne se définit en effet « pas totalement lui-même dans la toute-puissance d'un demiurge »²⁹², mais est influencé par le groupe social dans lequel il s'insère²⁹³. Ses relations avec le groupe social incluent celles qui le lient à sa famille, auxquelles l'État est directement intéressé²⁹⁴, mais elles vont également au-delà. En effet, l'individu se construit aussi dans une confrontation avec les représentations collectives forgées au sein de la société dans laquelle il évolue ; or, l'identité civile, comme le droit de manière plus générale, participe de la construction de telles représentations en créant un cadre et des catégories de référence²⁹⁵.

Dès lors, « [f]ace à la fragilisation de l'identité civile par un droit désormais plus mouvant, se fait jour un mouvement de contrepoids, fondé sur le constat que *le changement trop brutal d'état peut être source de perturbation pour le sentiment d'identité*. De fait, en remettant en cause des éléments d'identification de la personne, le changement brutal d'état met en péril la conception que la personne a d'elle-même, et au-delà, son sentiment de demeurer la même à travers le temps »²⁹⁶. Or, l'identité civile, reposant notamment sur l'idée de mêmeté, constitue un facteur de stabilité de l'individu, au-delà de l'évolution de son environnement spatial et temporel, car elle consolide « le sentiment de permanence de l'individu »²⁹⁷. Pour cette raison, avec Daniel Gutmann qui y voit « le moyen par lequel le droit, pareil au planteur qui fixe les dunes mouvantes en y plantant des arbres, rend stable la "terre fuyante" de la personne toujours changeante »²⁹⁸, l'état nous « apparaît [...] *par définition* propice à l'éclosion du sentiment d'identité »²⁹⁹.

Cette structuration de l'identité personnelle par l'identité civile a pu conduire le législateur à infléchir le principe d'indisponibilité de l'état pour dissocier les éléments strictement identificateurs, qui nécessitent la plus grande stabilité possible, des éléments de l'état familial que sont la filiation et le mariage. Ces derniers éléments sont en effet sujets à des variations qui peuvent non seulement à elles seules profondément affecter le sentiment

²⁹¹ Sur cette notion, voir Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, op. cit. ; Grégoire LOISEAU, « L'identité... finitude ou infinitude », in *L'identité, un singulier au pluriel*, op. cit., pp. 29-37, spéc. p. 29.

²⁹² Pierre MURAT, op. cit., p. 53.

²⁹³ En ce sens, voir aussi Sanna MUSTASAARI, Anna MÄKI-PETÄJÄ-LEINONEN, Anne GRIFFITHS, « Identities and intersections. Critical perspectives on the person of the law », in *Subjectivity, citizenship and belonging in law. Identities and intersections*, Anne Griffiths, Sanna Mustasaari, Anna Mäki-Petäjä-Leinonen, Oxon, New York, Routledge, 2017, pp. 3-26, spéc. p. 10 ; Fanny VASSEUR-LAMBRY, op. cit., p. 5.

²⁹⁴ Sur ce point, voir *supra*, n^{os} 41-42.

²⁹⁵ Pierre MURAT, op. cit., loc. cit.

²⁹⁶ Daniel GUTMANN, op. cit., n^o 145, p. 139. C'est l'auteur qui souligne.

²⁹⁷ Op. cit., n^o 13, p. 14.

²⁹⁸ *Ibid.*, citant Gaston Bachelard, *La terre et les rêveries du repos. Essai sur les images de l'intimité*, José Corti, 1948 (1^{ère} éd.), 1977, chapitre IX, « La racine », p. 318.

²⁹⁹ Daniel GUTMANN, op. cit., loc. cit. C'est l'auteur qui souligne.

d'identité, mais aussi entraîner la modification d'éléments identificateurs, en particulier du nom et de la nationalité, qui peut également produire le même effet du point de vue de la construction identitaire.

Dans cette perspective, l'article 61-3 § 2 du Code civil permet à une personne majeure de conserver son nom même en cas d'établissement ou de modification de son lien de filiation. Ainsi, une modification de son état filial n'emporte modification de ce critère de son identité que si elle y consent. De même, la prise en compte de l'intérêt de l'enfant³⁰⁰ à la stabilité de son nom fait obstacle à l'automaticité de son changement lorsque ce dernier ne résulte pas de l'établissement ou de la modification de son lien de filiation : aux termes de l'article 61-3 alinéa 1 du Code civil, lorsque l'enfant a plus de treize ans, son consentement est requis.

La volonté de limiter les conséquences sur l'identité civile d'une modification de l'état familial, *en raison* de l'importance des critères identifiants pour la construction psychologique de l'individu, est particulièrement éclatante s'agissant du nom marital. Alors même qu'il ne s'agit que d'un nom d'usage, et si, conformément aux dispositions de l'article 264 du Code civil, le principe est celui de la perte de l'usage du nom de son conjoint à la suite d'un divorce, une personne peut le conserver soit avec l'accord de son conjoint, soit avec celui du juge si elle justifie d'un intérêt particulier pour elle ou pour les enfants. Daniel Gutmann a pu percevoir à cet égard l'avènement d'un droit subjectif à la stabilité du nom marital³⁰¹ ou de l'enfant³⁰².

51. Conclusion de la Section. – Transition. – L'étude de l'histoire du droit a ainsi permis de constater que les droits continentaux ont très tôt conçu, comme répondant à un impératif de justice, la nécessité de réserver un traitement juridique spécifique à la personne. Distinguée des choses et perçue comme une entité abstraite, la stabilité de la définition de son identité apparaît essentielle à la fois à son identification sociale et à la construction personnelle de l'individu qu'elle représente. Or, le risque subversif que représente un changement brutal de l'état s'accroît lorsque la situation s'internationalise. C'est ce qui explique la manière dont a été conçue la catégorie du statut personnel en droit international privé et l'objectif qui lui a été attribué.

³⁰⁰ Daniel Gutmann souligne à cet égard que « [l]e débat sur la liberté du changement de nom révèle l'existence d'un conflit entre les deux principes constitutifs du sentiment d'identité : d'un côté, la protection du sentiment d'identité dans l'espace social devrait favoriser le souci de faire apparaître la branche souhaitée de la filiation ; de l'autre, la protection du sentiment temporel d'identité impose de garantir une certaine permanence au nom de l'enfant. En général, les juges du fond semblent avoir tendance à privilégier le second principe » : *op. cit.*, n° 417, p. 348.

³⁰¹ *Op. cit.*, n° 206-213, pp. 188-194.

³⁰² *Op. cit.*, n° 214-232, pp. 194-206.

SECTION 2 : L'OBJECTIF DE PERMANENCE DU STATUT PERSONNEL, PROTECTION DE L'ESSENCE DE LA PERSONNE

52. Plan. – Catégorie structurante en droit interne, le statut personnel a revêtu, à l'avènement de la vision privatiste du droit international privé, le même habit protecteur de la personne dans ses relations internationales en poursuivant la permanence des caractéristiques essentielles de sa protégée (I). Unanimement reconnu s'agissant de l'analyse spatiale de la règle de conflit dans l'espace, cet objectif s'est également imposé dans le traitement de l'intervention du temps sur le statut personnel (II).

I. Un objectif dicté par la transposition de la conception abstraite de la personne dans les relations privées internationales

53. Plan. – La permanence du statut personnel à raison des qualités constantes de la personne s'est imposée comme objectif de la catégorie conflictuelle, aujourd'hui incontesté (B), au détriment de propositions doctrinales qui négligeaient la protection de la personne dans sa conception abstraite (A).

A. L'abandon des objectifs définis sans considération de l'essence de la personne

54. Plan. – Si, en droit français, la conception abstraite de la personne a orienté la construction conflictuelle du statut personnel sur l'objectif de la permanence, elle a dû pour cela triompher de thèses qui ont connu un écho certain : la recherche de l'adéquation de la loi personnelle au tempérament national prônée par Mancini d'une part (1), le statut personnel comme protection de l'individu chez Pillet d'autre part (2).

1. *La doctrine personnaliste de Mancini*

55. Principe des nationalités. – Fortement influencé par le contexte politique d'unification italienne de la fin du XIX^{ème} siècle, Mancini développe une conception idéologique du droit, favorable au nationalisme ambiant et se voulant universelle. Sa pensée juridique se construit, à partir du droit des gens, sur le principe des nationalités³⁰³. Ce dernier, selon des termes

³⁰³ Sur ce principe, voir notamment Georges KOJUHAROFF, *Du principe des nationalités*, Genève, Imprimerie Jules Carey, 1884, 128 p. ; Pierre DE ROQUETTE-BUISSON, *Du principe des nationalités : étude de droit international public*, Imprimerie Jousset, 1895, 220 p. ; Robert REDSLOB, « Le principe des nationalités », *RCADI*, vol. 37, 1931, pp. 1-82. En particulier sur l'analyse de Laurent, voir François LAURENT, *Droit civil international*, 8 vol., Bruxelles, Paris, Bruylant-Christophe & C^{ie}, Librairie A. Marescq, 1880-1881 ; Hans Ulrich JESSURUN D'OLIVEIRA, « Principe de nationalité et droit de nationalité. Notes de lecture au sujet du *Droit civil international* de François Laurent », in *Liber Memorialis François Laurent*, Johan Eraux, Boudewijn Bouckaert, Hubert Bocken, Helmut Gaus, Marcel Storme (dir.), Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, pp. 819-836.

révélateurs de l'exaltation qui anime les auteurs de l'époque, « a pour but principal la formation des États par le rapprochement dans la mesure du possible, des différentes parties d'une nationalité morcelée, estropiée politiquement et opprimée par une force étrangère, pour en former un tout, un corps politique indépendant »³⁰⁴. Pour Mancini, face à un royaume d'Italie divisé depuis le Congrès de Vienne en de multiples principautés, dont une partie se trouve sous le joug de la puissance autrichienne, ce principe est avant tout destiné à « faire admettre le fait de la nation italienne et le droit du peuple italien à l'autodétermination »³⁰⁵. Il s'agit donc d'abord d'imposer un principe politique au cœur des relations internationales et de façonner ainsi des règles de droit international public ne reposant plus ni sur un principe légitimiste ni sur une volonté d'équilibre entre les puissances. Mais le principe se fait aussi le vecteur d'une « préoccupation commune à tous les constructeurs ou reconstruteurs d'États neufs ou renouvelés : celle de faire valoir, dans les rapports juridiques de droit privé avec les autres nations, l'indépendance et l'égalité récemment conquises ou recouvrées par leur propre nation dans le domaine politique »³⁰⁶. Ainsi, s'il apparaît que le principe des nationalités n'a pas été défini, à l'origine, en prenant en considération les spécificités du droit international privé, Mancini l'a dès 1860 envisagé comme un fondement des règles de conflit de lois en construction dans un contexte de codification du droit international privé au niveau national et international³⁰⁷.

56. Théorie des climats. – Dans la lignée d'Hippocrate, d'Aristote, de Bodin, puis de Montesquieu³⁰⁸, Mancini articule sa réflexion autour d'une théorie des climats : les comportements de l'humain, en tant qu'il est issu de la nature, sont nécessairement influencés par elle, si bien que « [l]e climat, la température, la situation géographique, la fertilité du sol et aussi la diversité des besoins et des mœurs déterminent chez chaque peuple, avec une prépondérance presque absolue, le système des rapports de droit »³⁰⁹. Le personnalisme italien considère donc que les lois sont faites pour les personnes. Cependant, il ne s'agit pas ici de la

³⁰⁴ Georges KOJUHAROFF, *op. cit.*, p. 9.

³⁰⁵ Abd-el-Kader BOYE, « Le statut personnel dans le droit international privé des pays africains au sud du Sahara. Conceptions et solutions des conflits de lois. Le poids de la tradition négro-africaine personnaliste », *RCADI*, vol. 238, 1993, pp. 1-419, spéc. p. 278.

³⁰⁶ René CASSIN, « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois », *RCADI*, vol. 34, 1930, pp. 655-809, spéc. n° 34, p. 713.

³⁰⁷ Sur ce point, voir Louis Isaac DE WINTER, « Nationality or domicile ? The present state of affairs », *RCADI*, vol. 128, 1969, pp. 346-503, spéc. nos 10 et 12, p. 372 et 375.

³⁰⁸ Selon l'auteur de l'Esprit des lois, les lois « doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre » : MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre 1^{er}, Chapitre III, cité par Patrick Courbe, *Essai sur les objectifs temporels des règles de droit international privé*, th. dactyl., Université de Rouen, 1977, Service de reproduction des thèses de l'Université des sciences sociales de Grenoble, 705 p., spéc. p. 1.

³⁰⁹ Giulio DIENA, « La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Italie », *op. cit.*, p. 355.

personne juridique abstraite, du sujet de droit. Cette théorie vise bien plutôt la personne en tant que national, et plus tard, dans le cadre des États-nations, en tant que citoyen³¹⁰. Mancini établit ainsi un lien direct et indéfectible entre le droit, en particulier le droit privé, d'un État et le tempérament national dont il est le « produit »³¹¹, et en déduit, sur le plan conflictuel, un rattachement de principe à la nationalité. Cette solution admet des exceptions. Mancini distingue en effet les lois qui relèvent du droit public, d'application strictement territoriale³¹², et celles qui relèvent du droit privé au sein duquel il admet, aux côtés d'une « partie nécessaire » correspondant à une conception extensive du statut personnel, l'existence d'une « partie volontaire », soumise à l'autonomie de la volonté. Seule la « partie nécessaire » est automatiquement soumise à la nationalité³¹³.

Le statut personnel, particulièrement sensible aux variations de l'état social d'un pays, est en effet perçu comme étant fondamentalement déterminé par les conditions connues dans un État donné. *In fine*, une telle justification fait de la catégorie un outil de choix pour attacher la personne à son État national et consolider la construction de l'État-nation. L'examen du fondement permettant à un individu de réclamer l'application de son droit national met singulièrement en évidence l'importance de la dimension publiciste du droit international privé chez le maître italien. Selon l'auteur, « l'individu hors de sa patrie peut réclamer de toute souveraineté étrangère, en sa qualité d'homme et *au nom du principe de nationalité*, la reconnaissance et le respect de son droit privé national »³¹⁴. L'étendue de cette catégorie chez Mancini a cependant été, une fois cette dernière dépouillée de son fondement publiciste,

³¹⁰ En ce sens, voir Thomas H. HEALY, « Théorie générale de l'ordre public », *RCADI*, vol. 9, 1925, pp. 407-578, spéc. p. 451 : « Les lois faites *pour les citoyens d'une nation déterminée* doivent les suivre partout où ils vont ». C'est nous qui soulignons.

³¹¹ René CASSIN, « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois », *op. cit.*, n° 34, p. 714.

³¹² Sur une présentation de la conception de l'ordre public de Mancini et les critiques en raison de de la confusion opérée entre droit public et ordre public, voir Paul LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959, iv-254 p., spéc. p. 4.

³¹³ Pasquale-Stanislas MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *Clunet*, 1874, pp. 221-239 et pp. 285-304, spéc. pp. 298-299 : « 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*, tant que cela ne va pas jusqu'à toucher à la constitution politique et à l'ordre public du pays. Le législateur respecte le principe de *liberté* lorsqu'il n'entrave pas par ses lois l'exercice de la liberté inoffensive de l'étranger et lorsqu'il lui accorde la faculté de choisir la législation et la règle juridique auxquelles il veut soumettre tous ses actes dans d'autres matières du droit international privé. En dernier lieu, chaque législateur sauvegarde le droit de *souveraineté* et d'indépendance politiques, lorsqu'il assujettit indistinctement l'étranger aussi bien que ses concitoyens aux lois pénales du territoire et aux lois d'ordre public du pays, c'est-à-dire au respect le plus scrupuleux de son droit politique ».

³¹⁴ *Op. cit.*, p. 297. C'est nous qui soulignons.

unanimement considérée comme étant « excessive par rapport à ce que peut justifier l'idée d'adaptation des lois au tempérament national »³¹⁵.

57. Succès politique et limite juridique. – En raison du « nationalisme internationaliste »³¹⁶ qui la caractérise et qui véhicule une « équité apparente »³¹⁷, la doctrine personnaliste a séduit nombre de législateurs à l'échelle mondiale aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, et inspiré les travaux des premières conférences de La Haye³¹⁸. Cet attribut explique sans doute le succès longtemps connu par le rattachement du statut personnel à la nationalité en Europe continentale et sa résistance aux assauts du domicile³¹⁹. En France, le Code civil de 1804 ayant précédé de plusieurs décennies l'auteur italien dans cette révolution qu'a alors constituée la soumission du statut personnel à la nationalité plutôt qu'au domicile hérité de l'Ancien droit, le choix de ce critère ne s'inscrit pas dans le même contexte politique. Il n'a d'ailleurs pas paru constituer un changement majeur au législateur et aux juges de l'époque³²⁰. Au-delà, l'attrait pour la nationalité s'explique par la force de la thèse personnaliste dans le contexte politique de l'époque.

Mais cette « justification théorique éclatante »³²¹ de la catégorie et du critère qui lui est attaché est aussi l'aspect qui prête le flanc à la critique la plus vigoureuse. En effet, des objections ont été émises quant au choix du critère dès 1866 par Gabba soulignant les faiblesses de la théorie des climats³²², « bonne observation sous la plume d'un philosophe, dans la bouche d'un jurisconsulte un bien pauvre argument »³²³. MM. Batiffol et Lagarde ont également

³¹⁵ Bernard AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois) », *RCADI*, vol. 186, 1984, pp. 219-397, spéc. p. 280.

³¹⁶ Edoardo Vitta (« Cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. 162, 1979, pp. 9-243, spéc. p. 46) fait référence à un « internationalisme nationaliste ». Il nous semble que l'inversion des termes souligne mieux le fondement des solutions proposées par Mancini et les auteurs personnalistes visant à renforcer la construction des États-nations.

³¹⁷ Antoine PILLET, « Théorie continentale des conflits de lois », *RCADI*, vol. 2, 1924, pp. 447-495, spéc. p. 457.

³¹⁸ Sur ces points, voir René CASSIN, « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois », *op. cit.*, n° 36-39, pp. 715-720 ; Max GUTZWILLER, « Le développement historique du droit international privé », *op. cit.*, p. 368 ; Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 231, pp. 390-392 ; Hans-Peter MANSEL, « L'adoption du principe de la nationalité par le EGBGB du 18 août 1896 », in *Liber Memorialis François Laurent*, *op. cit.*, pp. 819-836. MM. Batiffol et Lagarde relativisent cependant la portée réelle en droit positif des thèses personnalistes italiennes ; sur ce point, voir Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, *op. cit.*, n° 232, pp. 392-394. Sur les liens entre personnalismes « européen » et « africain », voir Abd-el-Kader BOYE, *op. cit.*, pp. 277-286.

³¹⁹ Sur le déclin de la nationalité comme critère de rattachement, voir *infra*, n°s 87-116.

³²⁰ Sur ce point, voir *infra*, n°s 124-126. Voir à cet égard, parlant, au sujet de l'arrêt *Busqueta* (Paris, 13 juin 1814, *GADIP*, n° 1) de « continuité dans le changement », Bertrand ANCEL, Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006, n° 6, p. 6.

³²¹ Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, *op. cit.*, spéc. n° 230, p. 390.

³²² Carlo Francesco GABBA, « Gli articoli 6-12 del titolo preliminare del Codice civile italiano », *Annali della giurisprudenza italiana*, 1866, t. I, 4^{ème} partie, pp. 3-12, cité par Giulio Dena, *op. cit.*, p. 358 : « [c]'est au domicile que la personne accomplit la plus grande partie de ses actes, qu'elle acquière des habitudes, qu'elle forme son caractère ; c'est donc dans ce lieu que la personne assume les qualités qui la distinguent et la suivent partout ». Giulio Dena mentionne également la critique de la théorie des climats par Guido Fusinato.

³²³ Antoine PILLET, *Principes de droit international privé*, Pedone, 1903, xii-586 p., spéc. p. 139.

souligné, dans les pas de Suárez et de d'Argenté, l'opposition entre la collectivité juridique que constitue l'ensemble des nationaux d'un même État et « la collectivité matérielle des habitants d'un même territoire [qui] est l'objectif *premier* du législateur. Celui-ci se propose avant tout de maintenir l'ordre ; il s'agit d'abord de l'ordre matériel et il s'adresse pour cela à quiconque est matériellement présent »³²⁴. À ces remarques s'est ajoutée l'hostilité de plusieurs auteurs au fondement politique de la règle de conflit de lois en matière de statut personnel, assumé par Mancini. Ces derniers reconnaissent souvent les avantages que présente le critère de la nationalité, mais ce sont, en particulier chez Pillet³²⁵, l'arbitraire et le défaut de valeur scientifique³²⁶ de la théorie personnaliste qui sont dénoncés. Le maître italien est notamment volontiers présenté comme un homme politique ou comme un homme d'État plutôt que comme un juriste³²⁷, et sa doctrine comme étant « plus politique que juridique »³²⁸.

58. Pillet ne s'est pas contenté de contester l'objectif assigné à la règle de conflit par Mancini. Il en a lui-même proposé une justification, qui, sans qu'il l'ait recherché, s'avèrera plus conforme à la conception résolument privatiste du droit international privé finalement adoptée au XX^{ème} siècle. Si sa propre théorie n'a finalement pas convaincu, elle a posé les premiers jalons qui ont conduit à assigner au statut personnel l'objectif de permanence.

³²⁴ Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, *op. cit.*, n° 232, p. 392. Ce sont les auteurs qui soulignent.

³²⁵ Antoine PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, Sirey, t. 1, 1923, 789 p., spéc. p. 86 : « la doctrine de la nouvelle école italienne apparut [...] sous la forme d'une nouvelle doctrine politique. Mancini, son chef, fut un homme d'État, et s'il présenta la nationalité comme base du droit, ce fut dans l'intention de fortifier la cause de l'unité italienne. Mancini fut avant tout un grand artisan de la parole : la forme sous laquelle il présente sa doctrine est oratoire et enflammée. Il séduisit, et grâce à cette séduction, on oublia qu'il ne démontrait rien ». Voir aussi du même auteur, *Principes de droit international privé*, *op. cit.*, pp. 140-141 : « Il ne faut voir dans la doctrine de Mancini que ce qu'elle était en réalité : une thèse politique brillante et fausse, émise au profit d'une cause dont elle a contribué à assurer le succès ».

³²⁶ Antoine PILLET, « Le droit international privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *Clunet*, 1894, pp. 417-435 et pp. 711-754, spéc. p. 723, note 1 : « La doctrine italienne n'a pour elle que des considérations d'équité et de convenance, pas une seule idée scientifique, nette et incontestable » ; André WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, L. Larose & L. Tenin, 1892, t. 1, 756 p., p. 4 : l'auteur dit du principe des nationalités « que sa base est des plus mouvantes et son point de départ singulièrement arbitraire ». Voir aussi dans une approche comparatiste, Myriam HUNTER-HÉNIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, *op. cit.*, n° 88, p. 76 : « Telle la doctrine personnaliste de Mancini, le personnalisme musulman met la personne au service d'un idéal, quitte à s'exercer par la suite à justifier le lien intime, essentiel, entre la personne et cet idéal ».

³²⁷ Thomas H. HEALY, « Théorie générale de l'ordre public », *op. cit.*, *loc. cit.* : l'auteur présente Mancini comme un « patriote et écrivain italien, qui a personnifié les aspirations de l'Italie vers l'unité nationale » ; André WEISS, *op. cit.*, p. 3 : « C'est à l'enseignement, c'est aux écrits d'un de ses plus nobles enfants, autant qu'à la vaillance de ses soldats et au désintéressement de ses alliés d'autrefois, que l'Italie doit son affranchissement et son unité ».

³²⁸ Antoine PILLET, « Théorie continentale des conflits de lois », *op. cit.*, *loc. cit.* Plus récemment, voir Myriam HUNTER-HÉNIN, *op. cit.*, n° 63, p. 64 : « Mancini, chantre du personnalisme, était habité par un but politique. Comme d'Argenté, il se servait du droit international privé comme d'un instrument de fortification de la souveraineté de l'État ».

2. La protection de l'individu chez Pillet

59. Le conflit de lois comme conflit de souverainetés. – Pillet partage avec Mancini une vision universaliste et publiciste du droit international privé. Inspiré par le personnalisme italien sans pour autant être un « continuateur »³²⁹ de son maître, il fait du respect de la souveraineté des États un principe cardinal de sa construction juridique. Selon lui, si les conflits de lois naissent à l'occasion de litiges de droit privé, les introduire dans cette même branche relèverait d'une « analyse [...] superficielle de la nature des conflits »³³⁰, au point d'affirmer sans détour que « [l]e droit privé n'a presque rien de commun avec notre science »³³¹. L'auteur identifie en effet deux questions distinctes qui naissent d'une situation de conflit de lois : « 1° quelle est la loi à appliquer ; 2° quelles sont les dispositions de cette loi touchant le point en litige »³³². La seconde relèverait bien du droit privé national, local ou étranger, mais « la première [concernerait] les limites de l'empire des lois des divers pays et [appellerait] pour sa solution l'établissement d'un système commun de conciliation »³³³. Pillet pose la question juridique soulevée par le conflit de lois en termes de *droit* des législations en conflit à s'appliquer à une situation donnée et, en définitive, de *droit* du souverain³³⁴. Le conflit de lois est donc pour le maître français un conflit de souverainetés.

60. La recherche du but social des lois. – Tous les États étant souverains et donc égaux dans l'ordre international, il s'agit de déterminer dans chaque cas si la loi est territoriale ou extraterritoriale et pour cela quel souverain a le plus intérêt à ce que sa loi s'applique. Pour Pillet en effet, la loi est par nature à la fois permanente et générale dans l'ordre interne³³⁵. « Donc, précise l'auteur, pour garder dans l'ordre international la plénitude d'effets qu'elle possède dans les rapports purement nationaux, la loi devrait être à la fois, extraterritoriale et territoriale »³³⁶. Toutefois, pour éviter de « courir à des conflits insolubles »³³⁷, il faut départager les lois en conflit et nécessairement renoncer à ce que la loi produise l'ensemble de ses effets dans l'ordre international. À cette fin, il faut retenir la solution qui préserve au mieux l'autorité de la loi et ainsi optimise les chances d'atteindre l'harmonie internationale des solutions : « [l]e choix de la loi qui ménage davantage l'autorité du droit constitue, remarque l'auteur, la solution la meilleure pour tous les États en conflit, même pour ceux dont la loi se trouve dans l'espèce être rejetée, car aucun État n'a jamais intérêt à une réduction arbitraire de

³²⁹ Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, *Droit international privé*, op. cit., spéc. n° 233, p. 394.

³³⁰ Antoine PILLET, *Principes de droit international privé*, op. cit., p. 65.

³³¹ Op. cit., p. 68.

³³² Op. cit., p. 65.

³³³ Op. cit., p. 66.

³³⁴ Ibid.

³³⁵ Antoine PILLET, « Théorie continentale des conflits de lois », op. cit., p. 467.

³³⁶ Op. cit., p. 468.

³³⁷ Ibid.

l'autorité du droit »³³⁸. Pillet préconise alors de respecter la « règle du moindre sacrifice »³³⁹ en prenant en considération le but social des lois³⁴⁰ qui révèle « la nature du devoir que le souverain doit remplir »³⁴¹. C'est donc le but que le législateur a voulu atteindre en adoptant une loi qui doit déterminer son effet international.

Pillet propose une systématisation pour faire échapper la détermination de l'effet international des lois à la casuistique. Le maître distingue les lois qui poursuivent « la protection de l'activité individuelle »³⁴², et donc celle de l'individu contre la société, de celles « dont l'objet est d'assurer la vie et la paix sociales »³⁴³, et par-là de protéger la société contre l'individu³⁴⁴. Tandis que les secondes sont territoriales et doivent en priorité s'appliquer sur le territoire de l'État qui les a édictées, seulement intéressé par sa propre organisation sociale, les premières supposent, pour être efficaces, de déployer leur protection de l'individu en tout temps comme en tout lieu, et donc d'être extraterritoriales³⁴⁵.

61. La permanence du statut personnel au service de la protection concrète de l'individu. – Parmi ces lois extraterritoriales, donc permanentes, l'auteur identifie classiquement les lois relatives à la capacité, à la personne et à la famille, composantes du statut personnel³⁴⁶. Mais la justification de la permanence adoptée par l'auteur conduit à une extension considérable de la catégorie que Pillet constate lui-même³⁴⁷, sans pour autant lui attribuer une supériorité quelconque sur les catégories fondées sur l'idée de garantie de la paix

³³⁸ *Op. cit.*, p. 470.

³³⁹ *Op. cit.*, pp. 467-471, spéc. p. 469.

³⁴⁰ *Op. cit.*, pp. 472-477, spéc. p. 473.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² *Op. cit.*, p. 475.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ Sur cette double protection, voir Antoine PILLET, *Principes de droit international privé*, *op. cit.*, n° 132, p. 288 : « Dans toute société le pouvoir souverain devra se manifester dans ce double sens, son caractère éminemment social le veut ainsi. Une société, à bien examiner les choses, n'est rien autre qu'une collection d'individus ayant chacun son individualité, ses intérêts, ses passions. Pour que la société vive, plus encore pour qu'elle prospère, il faut que ses membres y trouvent la satisfaction de leurs besoins, de leurs aspirations. Mais l'homme ne peut obtenir ces avantages que dans l'état de société : il est donc légitime et nécessaire de pourvoir avant tout aux conditions d'existence de la société. Voilà donc deux séries de conditions qui s'enchaînent et si naturelles, si impérieuses les unes et les autres qu'il est vraiment impossible d'établir entre elles un ordre de préséance. Les restrictions mises à la liberté de l'individu par le droit privé s'inspireront elles-mêmes fatalement de l'un ou l'autre de ces deux motifs : protéger l'individu contre la société ou la société contre l'individu ».

³⁴⁵ Antoine PILLET, « Théorie continentale des conflits de lois », *op. cit.*, p. 478. Voir aussi, Antoine PILLET, *Principes de droit international privé*, *op. cit.*, n° 108, p. 251 et n° 135, pp. 291-292 : « Les lois faites en considération de la situation particulière à une personne tendent toujours et nécessairement à la protéger. Or il est évident qu'une protection n'atteint son but qu'autant qu'elle est continue. Il faut qu'elle dure aussi longtemps que le danger auquel elle sert de contre-partie, sans cela elle serait inefficace. On peut user ici d'une comparaison bien vulgaire mais bien frappante. Quand il pleut, on ouvre son parapluie et l'on prend bien soin de ne pas le refermer avant que l'averse ait cessé. Si on l'ouvre et si on le ferme tour à tour, on se mouille et c'est exactement comme si l'on n'avait pas de parapluie du tout. Il en est des lois de protection individuelle comme de ce modeste et utile compagnon. Il faut qu'elles agissent sans cesse, du moment où la protection est devenue nécessaire jusqu'à celui où elle cesse d'être utile. Ce sont des lois essentiellement permanentes et qui manqueront inévitablement leur but si elles n'accompagnent pas la personne en tout temps et en tout lieu ».

³⁴⁶ Antoine PILLET, « Théorie continentale des conflits de lois », *op. cit.*, p. 475.

³⁴⁷ *Op. cit.*, p. 478.

sociale³⁴⁸. L'étendue du domaine s'explique par la justification de la permanence adoptée par l'auteur. Il ne s'agit pas de protéger la personne en ce qu'elle a d'essentiel, *i.e.* ses attributs permanents, mais l'*individu* et son *activité*. « La caractéristique commune à ces lois, analyse l'auteur, est qu'elles réalisent leur effet utile en la personne qui subit leur application. Le bien social, objet nécessaire de toute loi, se réalise par l'intermédiaire de l'avantage particulier de la personne qui subit directement l'effet de la loi »³⁴⁹. Pillet adopte donc une vision concrète de la protection de la personne ; la permanence ne repose pas sur l'*être* mais sur les *conditions de l'action*. Ainsi, si le droit de la famille appartient à cette catégorie, c'est, selon l'auteur, parce qu'il a « pour but de créer un cadre fixe dans lequel l'individu trouvera les ressources nécessaires au déploiement de son activité »³⁵⁰ ; la famille créant les conditions du « développement de l'individu »³⁵¹ et donc de son activité, elle doit être soumise à la même loi que la personne elle-même. Par ailleurs, l'idée de protection de l'activité de l'individu incite Pillet à étendre la catégorie au droit patrimonial de la famille : au régime primaire³⁵², mais aussi et surtout au régime matrimonial, aux successions *ab intestat* et aux testaments³⁵³, questions classiquement soustraites au statut personnel par les droits continentaux. Mais, suivant cette logique de protection de l'individu et de son activité, Pillet parvient à une conclusion plus originale encore puisqu'il soumet également à la loi personnelle les vices du consentement³⁵⁴.

La poursuite de la protection individuelle chez Pillet transparaît en outre dans la détermination du critère de rattachement. L'auteur admet en effet qu'en matière personnelle, il est possible d'hésiter entre la loi nationale et la loi du domicile. Pour trancher, il pose la question de savoir « [à] quel État [il appartient] de protéger une *personne déterminée* »³⁵⁵ et conclut en faveur de la loi nationale, l'État étant responsable de la protection de ses nationaux où qu'ils se trouvent. À cet égard, Pillet s'appuie sur la protection diplomatique, qui ne peut être exercée dans l'ordre international que par l'État national. Selon l'auteur, la protection qui résulte de l'application des lois civiles de l'État national poursuit ainsi un but identique, à un degré moindre. Finalement, il perçoit dans « [l]a compétence diplomatique [...] le signe certain de la

³⁴⁸ Henri Batiffol et Paul Lagarde ont néanmoins souligné à cet égard qu'« [u]ne loi est *d'abord* générale parce qu'elle s'adresse à une collectivité. La permanence dans l'application est un caractère *de soi* second. En niant cette hiérarchie, Pillet, comme Mancini, accroît abusivement le rôle des lois personnelles » (*Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 234, p. 396).

³⁴⁹ Antoine PILLET, *Principes de droit international privé*, *op. cit.*, n° 160, p. 334.

³⁵⁰ Antoine PILLET, « Théorie continentale des conflits de lois », *op. cit.*, p. 473.

³⁵¹ *Op. cit.*, p. 480.

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ *Op. cit.*, pp. 474-475.

³⁵⁴ Antoine PILLET, « Le droit international privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *op. cit.*, 1894, p. 749 ; Bernard AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 281.

³⁵⁵ Antoine PILLET, *Principes de droit international privé*, *op. cit.*, n° 144-145, p. 308.

compétence civile »³⁵⁶. La faiblesse de cette thèse transparaît immédiatement : Pillet justifie la permanence des lois protectrices de l'individu en se fondant en bonne partie sur la protection de l'incapable. L'état personnel et familial ne saurait pourtant se contenter de cette idée d'État-tuteur de l'individu, négatrice de toute notion d'autonomie.

62. Transition. – Le déclin de la conception publiciste du droit international privé a conduit au rejet de la théorie de Pillet. Sa division des lois, par trop manichéenne, en deux groupes en fonction de leur but social a été considérée impraticable : comme le résumait Henri Batiffol et Paul Lagarde, « il n'est pas possible d'opposer de manière générale les lois de protection individuelle aux lois de garantie sociale parce que toutes les lois ont pour objet l'ordre social, et toutes doivent en même temps veiller à ne pas sacrifier l'individu à la société »³⁵⁷. Cependant, certains de ses enseignements ont guidé la réflexion juridique, en particulier en matière de statut personnel. L'idée de permanence de la protection accordée par la loi personnelle a ainsi subsisté et a trouvé, en rencontrant un courant conflictuel plus attentif aux considérations privatistes, un nouvel objet : l'essence de la personne.

B. La permanence du statut personnel, vecteur de la protection de la personne dans les relations privées internationales

63. La permanence désormais au service de considérations privatistes. – Les composantes publicistes du statut personnel ont globalement été abandonnées au XX^{ème} siècle. Cependant la conception moderne de la catégorie les a en partie recueillis en héritage, en en conservant certaines traces. D'une part, la permanence, chère à Pillet, constitue aujourd'hui l'objectif incontesté³⁵⁸ du statut personnel et du droit international privé de la famille. D'autre part, bien qu'il ne s'agisse pas de l'unique but à atteindre, il semble que la nationalité, en tant que critère stable et donc permanent, ait été adoptée en 1804 parce que la permanence a été conçue comme un moyen d'assurer l'autorité de la loi³⁵⁹, voire même « l'autorité de l'État sur

³⁵⁶ *Op. cit.*, n° 145, pp. 309-310.

³⁵⁷ Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, *Droit international privé*, *op. cit.*, spéc. n° 234, p. 395.

³⁵⁸ Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, rééd., 2002, 346 p., spéc. n° 125, p. 282 ; Patrick COURBE, *Essai sur les objectifs temporels des règles de droit international privé*, *op. cit.*, n° 294, pp. 423-424 ; Jean DÉPREZ, « Droit international privé et conflit de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel », *op. cit.*, n° 67, p. 144 ; Ibrahim FADLALLAH, V° « Statut personnel », *Répertoire de droit international*, Dalloz, septembre 2003, n° 21. Pour un aperçu en droit belge, voir Silvia PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen : de l'émergence d'un droit fondamental à l'élaboration d'une méthode européenne de la reconnaissance*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 718 p., spéc. n° 1, p. 19 et les références citées. Même le droit de l'Union européenne de la personne et de la famille ne remet pas en cause ce fondement, mais son objet est différent. Sur ce point, voir *infra*, n° 184.

³⁵⁹ Sur ce point, voir la note de Henri Batiffol sous l'arrêt Silvia : *RCDIP*, 1957, p. 681.

ses sujets »³⁶⁰. La préservation de l'autorité de la loi, qui guide l'analyse vers les lois qui ont pour objet la personne en elle-même, est donc restée une considération importante en matière de statut personnel³⁶¹, tout en étant contestée. Comme le remarque H. Patrick Glenn, cette justification soulève en effet des difficultés et la question se pose de savoir si elle est de nature à fonder toute l'étendue du statut personnel³⁶². Pour cette raison, la catégorie est aujourd'hui principalement irriguée de considérations privatistes, qui mêlent prévisibilité du droit et protection de la personne. C'est dès lors le « principe d'identité »³⁶³ qui impose la permanence du statut personnel. L'auteur comparatiste en tire une conclusion en matière de capacité que nous pensons transposable *mutatis mutandis* à l'état des personnes : « dire que la capacité est un élément dans la définition juridique de la personne, ou que les règles sur la capacité protègent la personne et devraient la suivre, semble présenter les raisons essentielles du rattachement de la capacité à la loi personnelle »³⁶⁴.

En effet, la permanence est une considération ancienne. Avant Pillet déjà, Rodenburg remarquait « que l'effet extraterritorial des statuts personnels n'était basé que sur l'argument pratique qu'il est nécessaire que l'état et la capacité d'une personne soient jugés de la même manière dans tous les territoires ; qu'il serait absurde que l'état et la capacité changeassent chaque fois qu'un voyageur visiterait un nouveau pays »³⁶⁵. Cette visée fait écho à l'objectif d'harmonie internationale des solutions, qui, d'un point de vue universaliste aussi bien que particulariste, compte au nombre des « principes directeurs »³⁶⁶ du droit international privé. En revanche, selon la conception moderne du statut personnel, il ne s'agit plus d'assurer une protection qui serait due par un État à ses nationaux dans les relations internationales, d'attribuer compétence à l'État qui serait le tuteur naturel de l'individu³⁶⁷. La permanence traduit désormais la volonté de prendre en compte l'immanence de la personne et repose sur un

³⁶⁰ Étienne PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions : étude de droit international privé*, LGDJ, 1999, viii-517 p., spéc. n° 60, p. 41.

³⁶¹ Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, *Droit international privé*, *op. cit.*, spéc. n° 235, p. 396 : « il y a des lois qui sont tournées si elles ne s'appliquent pas avec une certaine continuité ». Les auteurs en font même le point de départ de leur réflexion sur le fondement du statut personnel : *op. cit.*, n° 279, p. 353. En ce sens, voir aussi Yves LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Dalloz, 1976, vii-335 p., spéc. n° 193, pp. 152-154.

³⁶² H. Patrick GLENN, *La capacité de la personne en droit international privé français et anglais*, *op. cit.*, n° 17, p. 19.

³⁶³ Henri BATIFFOL, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, Sirey, 1929, 320 p., spéc. p. 34.

³⁶⁴ H. Patrick GLENN, *op. cit.*, n° 17, p. 19.

³⁶⁵ Eduard Maurits MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Âge, spécialement dans l'Europe occidentale », *op. cit.*, p. 666.

³⁶⁶ Nous empruntons ici l'expression à Marie-Claude Najm qui, dans sa thèse (*Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Dalloz, 2005, xix-705 p., spéc. nos 74-77, pp. 77-80), identifie comme tel le « principe de continuité des situations juridiques », qu'elle assimile à l'harmonie internationale des solutions (*op. cit.*, n° 74, p. 77).

³⁶⁷ Sur ce point, voir Pierre MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP*, 1979, pp. 1-29, pp. 349-388 et pp. 537-583.

constat simple exprimé par le doyen Batiffol : « une personne ne change pas de nature par cela seul qu'elle franchit une frontière »³⁶⁸. L'influence de la théorie juridique de la personne sur l'affirmation de la permanence comme objectif de la catégorie conflictuelle est ainsi indubitable.

64. Une justification des contours de la catégorie et du choix du critère de rattachement. – L'objet de la protection et la permanence en tant qu'objectif du statut personnel contribuent de surcroît à délimiter les contours de la catégorie. Il est de coutume de comparer sur ce point les systèmes anglo-saxon, continental et de tradition musulmane pour constater que le statut personnel des droits continentaux dispose d'une étendue intermédiaire entre un statut personnel quasi-inexistant dans les pays de *common law* et une catégorie conçue de manière très large dans les pays de tradition musulmane comme dans certains pays d'Afrique subsaharienne³⁶⁹. Mais la catégorie moderne du statut personnel en France est également beaucoup plus étroite que celle qui découlait de la vision personnaliste de Mancini ou de la doctrine de Pillet. Dépouillée de la poursuite de tout idéal politique ou religieux, la catégorie se construit ainsi à l'aune de l'objectif rationnellement déterminé et mis en œuvre de protection continue des qualités permanentes de la personne³⁷⁰, ce qui, nécessairement, « condui[t] à exclure de la catégorie du statut personnel tout ce qui ne paraît pas être inhérent à la personne en tant que telle ni relever de l'idée de permanence retenue au départ, notamment les relations patrimoniales au sein de la famille »³⁷¹. Les successions et les régimes matrimoniaux, s'ils font aujourd'hui partie du « droit international privé de la famille », expression générique qui regroupe les différentes catégories nées de la fragmentation du statut personnel ainsi que le droit patrimonial de la famille, ne font ainsi pas traditionnellement partie du statut personnel parce qu'ils ne reposent pas sur l'idée de permanence qui seule dicte le domaine de la catégorie³⁷².

65. Cet objectif explique également qu'à l'origine le statut personnel a été conçu comme un ensemble cohérent d'institutions et de règles. Comme le souligne en effet Myriam Hunter-Hénin, « [é]tymologiquement, le terme statut renvoie à la fois à l'acte qui établit une règle ou un ensemble de règles (*statutum*) et à la condition juridique qui en résulte pour une personne,

³⁶⁸ Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, n° 125, p. 282. Voir également en ce sens Kessmat ELGEDDAWY, *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*, Dalloz, 1971, xii-295 p., n° 6, p. 13 ; Jean DÉPREZ, *op. cit.*, n° 67, p. 145.

³⁶⁹ Voir notamment François BOULANGER, « Essai comparatif sur la notion de statut personnel dans les relations internationales des pays d'Afrique noire », *RCDIP*, 1982, pp. 647-668 ; Abd-el-Kader BOYE, *op. cit.*, spéc. n° 20-21, pp. 282-286.

³⁷⁰ Bernard AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 281.

³⁷¹ Jean DÉPREZ, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁷² *Ibid.*

une catégorie de personne ou une institution (*status*) »³⁷³. Destinée à refléter la condition juridique de la personne, perçue de manière abstraite, la catégorie assure par sa stabilité celle du cadre vis-à-vis duquel se construit l'identité de la personne. En effet, traditionnellement, la permanence est conçue de manière abstraite. Il ne s'agit pas de garantir à la personne un statut absolument immuable mais « d'assurer la continuité de traitement des situations juridiques, quel que soit le contenu de ce traitement »³⁷⁴. Il s'agit à la fois de préserver l'autorité de la loi et de garantir un traitement cohérent de l'état personnel et familial³⁷⁵. « Le statut personnel offre ainsi une protection indirecte de la personne, par la garantie d'application d'un statut stable. Il ne s'agit pas, en glissant de la protection de la personne à celle de ses droits, de garantir directement à l'individu un minimum de droits ou de libertés mais plus modestement de lui assurer une certaine pérennité dans les droits et libertés qui découlent de son statut personnel »³⁷⁶.

66. Transition. – L'admission de cette mutabilité du contenu, parallèlement à la volonté de garantir la stabilité du statut comme élément structurant de la personne et de son identité, transparait également du traitement temporel des conflits de lois en droit international privé.

II. La dimension temporelle de la permanence du statut personnel

67. Plan. – La permanence du statut personnel n'est pas seulement mise au défi par des considérations spatiales. Une situation peut également subir l'effet du temps de deux manières distinctes³⁷⁷. L'une n'est pas propre au droit international privé, bien qu'elle y présente quelques spécificités, et concerne les cas dans lesquels une règle de droit est modifiée par le législateur qui l'a édictée (A). L'autre est un conflit de lois dans le temps provoqué par un changement de concrétisation de l'élément de rattachement dans l'espace (B).

A. Le droit transitoire et le droit international privé

68. Plan. – La doctrine comme la jurisprudence³⁷⁸ ont longtemps entretenu la confusion qui existait entre le droit transitoire et le droit international privé, qui portent tous deux sur des

³⁷³ Myriam HUNTER-HÉNIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, *op. cit.*, n° 36, p. 45.

³⁷⁴ Marie-Claude NAJM, *op. cit.*, n° 77, p. 79.

³⁷⁵ Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, n° 448, p. 376.

³⁷⁶ Myriam HUNTER-HÉNIN, *op. cit.*, n° 38, pp. 46-47.

³⁷⁷ Sur la notion générale de conflit de lois dans le temps en droit international privé, voir Christian GAVALDA, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Sirey, 1955, xii-431 p. ; Paul ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, rééd. 2008, viii-592 p., spéc. n° 107, pp. 569-577.

³⁷⁸ Sur ce point, voir Paul ROUBIER, *op. cit.* L'auteur cite notamment (n° 2, p. 7) un arrêt de la Cour de cassation du 28 février 1860 portant sur les effets de la loi du 8 mars 1816, qui supprima le divorce, qui effectue ce parallèle : « "...la loi de 1816 n'a pu vouloir et n'a voulu statuer que pour l'avenir et pour la France ; elle n'a atteint... ni les divorces antérieurement prononcés, ni les divorces prononcés régulièrement à l'étranger" ; dans un cas comme

conflits de lois, dans le temps pour le premier, dans l'espace pour le second. Le problème que pose le conflit transitoire est cependant distinct de celui auquel conduit le conflit de lois dans l'espace : il s'agit ici de la concurrence simultanée de règles portant sur un même objet coexistant dans des ordres juridiques différents, là de la succession *au sein d'un même ordre juridique* de règles de droit ayant le même objet.³⁷⁹ Le conflit de lois dans l'espace se double d'un conflit transitoire dans deux hypothèses dans lesquelles il est nécessaire de trancher la question de savoir comment déterminer le domaine temporel des nouvelles règles. La première concerne le cas où la règle de conflit de lois de l'autorité saisie a fait l'objet d'une réforme (1), la seconde, celui de la modification du droit étranger applicable entre le moment de la survenance des circonstances qui sont le support de la question de droit et celui où l'autorité publique du for doit se prononcer sur cette question (2).

1. *Le conflit transitoire de droit international*

69. Une assimilation aux conflits transitoires internes. – Le doyen Paul Roubier qualifie « le conflit dans le temps de lois ayant pour objet de régler un conflit de lois dans l'espace » de *conflit transitoire de droit international*³⁸⁰. Le conflit transitoire est ici strictement interne à l'ordre juridique du for, qui se trouve confronté à un cas de *succession de règles de conflit différentes* s'agissant de la catégorie dans laquelle s'insère la question de droit. Pour cette raison, le doyen Roubier, suivi en cela par une majorité de la doctrine française³⁸¹, considère que « [c]e conflit est un conflit de droit transitoire, non de droit international »³⁸². Dès lors, la similarité de ce type de conflit avec les conflits transitoires internes a conduit la doctrine à proposer une résolution des conflits transitoires de droit international selon les règles de droit

dans l'autre, les époux pourront se remarier : "... la loi française, qui ne contient aucune disposition prohibant formellement des mariages contractés dans de pareilles circonstances, ne fait par son silence que confirmer d'une part le principe de non-rétroactivité des lois, et d'autre part le respect dû aux législations étrangères statuant sur l'état et la capacité des personnes soumises à leur souveraineté ». Voir aussi Christian GAVALDA, *op. cit.*, n° 8-21, pp. 14-26 ; Henri BATIFFOL, « Conflits de lois dans l'espace et conflit de lois dans le temps », in *Le droit français au milieu du XX^{ème} siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t. II, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1950, pp. 292-303, article reproduit in *Choix d'articles*, LGDJ, 1976, pp. 179-187.

³⁷⁹ En ce sens, voir François RIGAUX, « Le conflit mobile en droit international privé », *RCADI*, vol. 117, 1966, pp. 329-444, spéc. n° 10, p. 340.

³⁸⁰ Paul ROUBIER, « Les conflits dans le temps en droit international privé », *Revue de droit international privé*, 1931, pp. 38-86, spéc. p. 79 ; du même auteur, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, *op. cit.*, n° 107, p. 571. Voir aussi Giulio DIENA, « De la rétroactivité des dispositions législatives de droit international privé », *Clunet*, 1900, pp. 925-940 ; Xavier MARIN, *Essai sur l'application dans le temps des règles de conflit dans l'espace*, th. dactyl., Université d'Aix-en-Provence, 1928, viii-118 p. ; Christian GAVALDA, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, *op. cit.*, n° 70-204, pp. 83-277 ; Paul LAGARDE, « Le droit transitoire des règles de conflit après les réformes récentes du droit de la famille », *Trav. com. fr. DIP*, 1977-1979, pp. 89-112.

³⁸¹ Paul ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Christian GAVALDA, *op. cit.*, n° 110-113, pp. 142-147 et n° 129-172, pp. 167-227 ; Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, *Droit international privé*, *op. cit.*, spéc. n° 316, pp. 514-516 ; Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *Droit international privé*, LGDJ, 12^{ème} éd., 2019, 790 p., spéc. n° 252-255, pp. 176-178 ; *contra*, Xavier MARIN, *op. cit.*

³⁸² Paul ROUBIER, *op. cit.*, *loc. cit.*

transitoire internes. Le principe défini en doctrine veut donc que les règles de conflit de lois partagent le même domaine temporel avec la règle matérielle qui serait adoptée dans la même matière³⁸³. C'est au reste en ce sens qu'ont souvent statué les juges du fond³⁸⁴. Mais il s'est alors agi de déterminer si ce champ d'application temporel devait être compris comme celui qui est défini par les *principes généraux* du droit transitoire tels qu'énoncés par l'article 2 du Code civil ou s'il fallait tenir compte des *règles de droit transitoire spéciales* pouvant être introduites dans les différents textes législatifs.

70. Le problème, en particulier en matière de statut personnel, est longtemps resté théorique : l'article 3 § 3 du Code civil et ses interprétations jurisprudentielles³⁸⁵, déclaratives, régnant depuis 1804 sur la catégorie, il a fallu attendre l'arrêt *Rivière*³⁸⁶, complété par les arrêts *Tarwid*³⁸⁷ et *Lewandowski*³⁸⁸ de la Cour de cassation, et surtout l'adoption des lois du 3 janvier 1972 sur la filiation³⁸⁹ et du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce³⁹⁰ et de nombreuses conventions internationales pour que la question suscite un réel intérêt pratique³⁹¹. Les premiers ont adjoint à l'article 3 § 3 du Code civil des règles de conflit en matière d'effets du mariage à défaut de nationalité commune des époux en prévoyant la compétence subsidiaire de la loi du domicile commun et, à défaut, de la loi du for³⁹². Les secondes ont introduit des règles de conflit de lois spéciales en matière de filiation et de divorce. Plusieurs décisions de juges du fond ont considéré, à propos des dispositions transitoires contenues dans ces deux lois et sur le fondement de l'adage « *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* », que les dispositions transitoires spéciales devaient s'appliquer aux règles de conflit de lois³⁹³. Pourtant,

³⁸³ Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *op. cit.*, n° 253, pp. 176-177.

³⁸⁴ Sur ce point, voir les décisions citées par Paul ROUBIER, *op. cit.*, n° 107, p. 576.

³⁸⁵ Sur la « grande réserve manifestée par le législateur français en matière de conflit de lois » et sur le rôle de la jurisprudence, voir Paul LAGARDE, *op. cit.*, p. 89.

³⁸⁶ Civ. 1, 17 avril 1953, *Rivière*, *RCDIP*, 1953, p. 412, note H. BATIFFOL ; *Clunet*, 1953, p. 860, note R. PLAISANT ; *JCP*, 1953, II, 7863, note J. BUCHET ; *RebelsZ*, 1955, p. 520, note Ph. FRANCESCakis ; *GADIP*, n° 26.

³⁸⁷ Civ. 1, 15 mai 1961, *Tarwid*, *D.*, 1961, p. 437, 3^{ème} espèce, note G. HOLLEAUX ; *RCDIP*, 1961, p. 547, note H. BATIFFOL ; *Clunet*, 1961, p. 734, note B. GOLDMAN.

³⁸⁸ Civ. 1, 15 mars 1955, *Lewandowski*, *RCDIP*, 1955, p. 320, note H. BATIFFOL ; *Clunet*, 1956, p. 860, note R. PLAISANT ; *Clunet*, 1956, p. 146, note B. GOLDMAN ; *D.*, 1955, p. 540, note M. CHAVRIER ; *JCP*, 1955, II, 8771, note A. PONSARD.

³⁸⁹ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, *JORF*, n° 3, 5 janvier 1972, p. 145.

³⁹⁰ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF*, n° 161, 12 juillet 1975, p. 7171.

³⁹¹ Paul ROUBIER, *op. cit.*, n° 107, pp. 571-573 ; Paul LAGARDE, *op. cit.*, p. 89 ; Bertrand ANCEL, Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, *op. cit.*, n° 1, p. 567.

³⁹² Cette jurisprudence met un terme aux incertitudes nées de l'arrêt *Ferrari* (Civ., 6 juillet 1922, *Ferrari*, *RDIP*, 1922, p. 444, rapport A. COLIN, note A. PILLET ; *Clunet*, 1922, p. 545, note A. MORILLOT ; *ibid.*, p. 714 ; *DP*, 1922, I, p. 137 ; *S.*, 1923, n° 1, p. 5, note Ch. LYON-CAEN ; *GADIP*, n° 12) dans lequel la Cour de cassation avait considéré qu'une Française ayant demandé la conversion de sa séparation de corps en divorce de son mari italien « ne pouvait exercer ce droit qu'en se conformant aux règles édictées par la loi française, laquelle régissait désormais son statut personnel », sans que le titre auquel s'appliquait cette loi soit clairement établi.

³⁹³ Bertrand ANCEL, Yves LEQUETTE, *op. cit.*, n° 5, p. 571. Les auteurs se réfèrent à plusieurs décisions des juges du fond et notamment à un arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 14 mars 1978 dans lequel les magistrats affirment que « rien dans le texte de la loi de 1972 ne permet de séparer arbitrairement les dispositions de droit civil uniquement applicables aux instances nouvelles, et les dispositions de droit international privé dont le droit

ces dispositions spéciales sont adoptées en considération du contenu des règles substantielles dont elles délimitent l'application dans le temps. Paul Lagarde a ainsi pu le mettre en exergue, avant même que la Cour de cassation ait définitivement tranché la question. L'auteur souligne que si l'article 12 de la loi de 1972 a prévu que celle-ci s'applique aux enfants nés avant son entrée en vigueur, c'est, au-delà de sa coïncidence avec le principe d'application immédiate de la loi nouvelle, *d'abord* en raison de la faveur à l'établissement de la filiation que ce texte traduit. La volonté du législateur d'en étendre le bénéfice au plus grand nombre d'enfants possible a ainsi commandé le choix de la solution de droit transitoire³⁹⁴. La Cour de cassation, après avoir suscité l'hésitation, s'est finalement prononcée directement sur cette question dans l'arrêt *Ortiz-Estacio*³⁹⁵. À cette occasion, elle a considéré que les dispositions spéciales de droit transitoire contenues dans la loi du 11 juillet 1975 « pose[nt] seulement des règles transitoires spéciales de la loi interne et ne régi[ssent] pas la règle de conflit de lois, laquelle demeure déterminée par les principes généraux du droit transitoire qui commandent l'application immédiate de la règle de conflit unilatérale » de l'ancien article 310 du Code civil. Ainsi, les principes d'application immédiate et non-rétroactive de la loi nouvelle aux situations non définitivement acquises et de survie de la loi ancienne en matière contractuelle régissent également le conflit transitoire de droit international³⁹⁶.

71. Adaptation des principes de droit transitoire interne aux nécessités du droit international privé. – Une telle solution, qui s'explique par la neutralité des règles de conflit de lois alors que les dispositions spéciales de droit transitoire ont été adoptées pour remplir les objectifs substantiels définis par la loi nouvelle³⁹⁷, paraît malmener la portée temporelle de l'objectif de permanence du statut personnel. Cette difficulté peut survenir s'agissant, d'une part, de la constitution des situations juridiques lorsque celles-ci n'ont pas été constituées avant

transitoire des règles de conflit permettrait l'application immédiate aux instances en cours ». Voir aussi, critiquant la solution déjà avant l'arrêt *Ortiz* et proposant une nouvelle solution fondée sur une réinterprétation de la théorie classique, Paul LAGARDE, *op. cit.*, pp. 91-101.

³⁹⁴ Paul LAGARDE, *op. cit.*, p. 97.

³⁹⁵ Civ. 1, 13 janvier 1982, *Ortiz-Estacio*, *RCDIP*, 1982, p. 551, note H. BATIFFOL ; *GADIP*, n° 62. Deux arrêts rendus ultérieurement s'agissant de l'article 311-14 du Code civil viennent cependant troubler la clarté de cette solution. Les deux conduisent à l'application des dispositions spéciales de droit transitoire contenues dans la loi de 1972, sans pour autant que leur formulation fasse apparaître nettement un revirement de jurisprudence, aucun principe général n'étant énoncé. Ainsi, dans le premier arrêt, la Cour de cassation a considéré que « selon son article 12, la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation, dont est issu l'article 311-14 précité est applicable aux enfants nés avant son entrée en vigueur » (Civ. 1, 11 juin 1996, *Imhoos*, *Bull. civ.*, 1996, I, n° 244, p. 171 ; *D.*, 1997, p. 3, note F. MONÉGER ; *ibid.*, p. 156, obs. F. GRANET ; *RCDIP*, 1997, p. 291, note Y. LEQUETTE. C'est nous qui soulignons). Dans le second, la Cour, visant l'article 311-14 du Code civil et l'article 3 du Code civil, considère que « selon le premier texte, applicable aux enfants nés avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1972, la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant » (Civ. 1, 27 mai 2010, *Bull. civ.*, 2010, I, n° 121 ; *D.*, 2010, p. 1417 ; *ibid.*, p. 2868, obs. O. BOSKOVIC ; *AJ fam.*, 2010, p. 330, obs. A. BOICHÉ. C'est nous qui soulignons).

³⁹⁶ Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 253, p. 177.

³⁹⁷ Paul LAGARDE, *op. cit.*, p. 96 ; Bertrand ANCEL, Yves LEQUETTE, *op. cit.*, n° 6, p. 572.

l'entrée en vigueur de la nouvelle règle, et, d'autre part, des effets en cours du statut : la permanence des situations déjà constituées est assurée par le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle. La mise en œuvre du principe de l'application immédiate aux situations non définitivement acquises peut conduire à un brusque changement de la règle de conflit et finalement de la loi applicable. Prenant l'exemple du régime matrimonial légal, Pierre Mayer, Vincent Heuzé et Benjamin Rémy soulignent la brutalité que pourrait constituer pour les époux l'application, en vertu d'une nouvelle règle de conflit, d'une loi dont le contenu serait totalement différent de la loi appliquée jusque-là³⁹⁸. L'on ne peut exclure qu'il puisse en être de même des effets personnels du mariage et des effets de la filiation, dont le besoin de permanence doit aussi être traduit d'un point de vue temporel. Ainsi, la même brutalité pourrait se manifester à l'occasion d'un changement de la règle de conflit qui modifierait la loi applicable aux contrats entre époux ou à l'hypothèque légale entre époux, qui tous deux semblent considérés comme des effets du mariage en droit international privé³⁹⁹.

Les nécessités du droit international privé, comme la permanence en matière de statut personnel, peuvent dès lors avoir une influence sur les solutions du conflit transitoire de droit international. Il est en effet possible de considérer, avec Paul Lagarde, que « si l'on admet que les nécessités du droit civil autorisent une déformation des principes généraux du droit transitoire, on doit admettre également que les nécessités du droit international privé puissent conduire elles aussi à corriger ces principes et à prévoir, selon les cas, une rétroactivité de la nouvelle règle de conflit ou une survie de l'ancienne »⁴⁰⁰. Ainsi, « *le principe de survie de la règle ancienne est plus fort en droit international privé qu'en droit interne* »⁴⁰¹. Ces aménagements conduisent finalement Pierre Mayer, Vincent Heuzé et Benjamin Rémy à formuler une nuance à laquelle nous souscrivons : dans de telles conditions, « il est probablement préférable de ne pas parler d'une application des principes du droit transitoire interne au conflit dans le temps des règles de conflit ; mieux vaut constater qu'il existe des principes *distincts* de droit transitoire international, *coïncidant partiellement* avec ceux du droit transitoire interne »⁴⁰². Une telle présentation est la seule à même de faire ressortir les nécessités

³⁹⁸ Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *op. cit.*, *loc. cit.* On peut noter, à cet égard, que le danger que représente, dans cette situation, le principe d'application immédiate aux situations en cours a été pris en compte en droit de l'Union européenne : l'article 69 du règlement « Régimes matrimoniaux » prévoit ainsi que ce texte ne s'applique qu'aux époux mariés après son entrée en vigueur.

³⁹⁹ Sur ce point, voir Béatrice BOURDELOIS, V° « Mariage », *Répertoire de droit international*, Dalloz, octobre 2019, n^{os} 148 et 151.

⁴⁰⁰ Paul LAGARDE, *op. cit.*, *loc. cit.*, et voir les développements consacrés aux règles de conflit à coloration matérielle et aux règles de conflit unilatérales pp. 99-101.

⁴⁰¹ Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *op. cit.*, *loc. cit.* Ce sont les auteurs qui soulignent.

⁴⁰² *Ibid.* Ce sont les auteurs qui soulignent.

poursuivies par le droit international privé traditionnel en matière de statut personnel et finalement la dimension temporelle de la permanence.

2. *Le conflit international de droit transitoire*

72. Le principe : l'application du droit transitoire étranger. – Le second cas concerne la *modification du droit étranger applicable* entre le moment de la survenance des circonstances qui sont le support de la question de droit et celui où l'autorité publique du for doit se prononcer sur cette question. Il a reçu du doyen Roubier la dénomination de *conflit international de droit transitoire*⁴⁰³. Le traitement d'un tel conflit suppose que le juge du for ait une connaissance suffisamment approfondie du droit applicable pour percevoir cette modification législative. Cette question épineuse n'a longtemps pas connu les faveurs de la doctrine⁴⁰⁴. Selon Hans Lewald, « [l]a raison en est que la solution semble s'imposer. Ne faut-il pas prendre en considération purement et simplement le droit transitoire de l'ordre juridique compétent ? »⁴⁰⁵ Il semble en effet que de nombreux auteurs, à l'instar de Gény du point de vue du droit interne, aient considéré que la question était de celles pour lesquelles les solutions ne peuvent être trouvées « qu'à l'aide d'un instinct juridique, que l'étude et la réflexion développeront sans doute, mais qui n'en reste pas moins irréductible aux opérations de la raison proprement dite »⁴⁰⁶.

La doctrine majoritaire⁴⁰⁷ préconise aujourd'hui la résolution du conflit international de droit transitoire par l'application du droit transitoire de l'ordre juridique désigné par la règle de conflit du for, solution qui correspond à celle qui a effectivement été appliquée en jurisprudence. La formulation de l'arrêt *Leppert*, arrêt de principe tardivement rendu en matière d'établissement de la filiation, est sans équivoque. Le doute est d'autant moins permis à ce sujet que cet arrêt a constitué l'occasion pour la Cour de cassation de censurer un arrêt dans lequel une cour d'appel avait étendu la détermination temporelle dont faisait l'objet le facteur de rattachement de la règle de conflit applicable, en l'occurrence l'article 311-14 du Code civil, au droit substantiel désigné qui avait été modifié postérieurement à la naissance de l'enfant. La

⁴⁰³ Paul ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, op. cit., n° 107, p. 569.

⁴⁰⁴ Si Arminjon et Pillet ont évoqué la question, il semble que la première étude approfondie de la question ait été l'œuvre de Bartin (*Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, t. I, Montchrestien, 1930, viii-634 p., spéc. n° 117 pp. 295-296).

⁴⁰⁵ Hans LEWALD, « Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé », *RCADI*, vol. 69, 1939, pp. 1-147, spéc. n° 46, p. 111.

⁴⁰⁶ François GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. II, LGDJ, 1919, 422 p., spéc. n° 163, p. 111.

⁴⁰⁷ Sur ce point, voir les autres auteurs que ceux auxquels nous nous référons, cités par Christian GAVALDA, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, op. cit., note 1, p. 294 ; voir également Jacques FOYER, Patrick COURBE, Johanna GUILLAUMÉ, V° « Conflits transitoires internationaux », *JCl. Droit international*, 11 novembre 2019, fasc. 533-1, spéc. n° 104.

Cour de cassation affirme que « l'article 311-14 du Code civil, en disposant que l'établissement de la filiation est régi par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant, a entendu déterminer le droit applicable en considération de la nationalité de la mère ; qu'en cas de modification ultérieure de la loi étrangère désignée, c'est à cette loi qu'il appartient de résoudre les conflits dans le temps »⁴⁰⁸.

73. Une solution favorisant indirectement la permanence du statut personnel. – Au-delà de la simple manifestation de « l'instinct juridique », cette solution se justifie, selon certains auteurs, par le fait que le conflit appartient strictement au droit interne de l'ordre juridique désigné par la règle de conflit de lois. Comme le soulignent Pierre Mayer, Vincent Heuzé et Benjamin Rémy, « [c]e droit a en effet pour objet de préciser sur le plan temporel le champ d'application respectif de la règle ancienne et de la règle nouvelle ; or, l'application correcte de la loi étrangère implique le respect de toutes les dimensions – quant aux personnes, quant aux situations, dans l'espace, et aussi dans le temps – que lui a données son auteur »⁴⁰⁹. Dans la ligne de la pensée de Christian Gavalda, le droit transitoire étranger est ainsi conçu par ces auteurs comme un élément de la détermination du caractère juridique du droit étranger⁴¹⁰. M. Gavalda considère finalement que le conflit international de droit transitoire « se profile dans la ligne d'un conflit de pur droit interne et dont l'originalité tient, en la circonstance, à ce qu'il doit être tranché par le juge d'un for étranger »⁴¹¹. Cette solution peut ainsi conduire, selon les circonstances du litige, à appliquer la règle interne ancienne ou la règle interne nouvelle. La permanence du statut personnel ne s'en trouve pas menacée pour autant : selon une acception abstraite de la permanence, il ne s'agit pas de garantir le bénéfice de droits déterminés, mais la pérennité d'un statut cohérent⁴¹². Or, l'application du droit transitoire étranger est sans doute mieux à même de préserver cette cohérence, la modification de fond du droit étranger et la détermination de son champ d'application temporel ayant été définis en considération du

⁴⁰⁸ Civ. 1, 19 mars 1987, *Leppert*, *RCDIP*, 1988, p. 695, note M. SIMON-DEPITRE ; *JCP*, 1989, II, 21209, note É. AGOSTINI ; *GADIP*, n° 73. C'est nous qui soulignons.

⁴⁰⁹ Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *op. cit.*, n° 256, p. 179. Christian Gavalda invoque en ce sens le respect « d'une sorte de règle du maximum de respect de la loi étrangère compatible avec notre ordre public » (*Les conflits dans le temps en droit international privé*, *op. cit.*, n° 227, p. 311). Voir aussi Jacques FOYER, Patrick COURBE, Johanna GUILLAUMÉ, *op. cit.*, n° 105. Cette solution n'empêche pas nécessairement l'admission du renvoi car l'application des règles de droit transitoire étranger ne conduit pas à une remise en cause du règlement international du conflit de lois mais sert au contraire la concrétisation du rattachement de la règle de droit international privé du for. En ce sens, Patrick COURBE, *Essai sur les objectifs temporels des règles de droit international privé*, *op. cit.*, n° 105, pp. 149-150 ; et soulignant que la distinction peut être réalisée même si le conflit de lois est perçu comme un conflit de souverainetés, voir Christian GAVALDA, *op. cit.*, n° 222, pp. 304-305. Certains auteurs considèrent que la solution est différente du renvoi car les règles de conflit de lois dans le temps peuvent être perçues comme des règles d'interprétation du droit substantiel. Pour une réfutation de cette idée, voir Patrick COURBE, *op. cit.*, n°s 125-137, pp. 170-185.

⁴¹⁰ Christian GAVALDA, *op. cit.*, n° 224, pp. 307-308.

⁴¹¹ *Op. cit.*, n° 229, p. 314. Pour une présentation de cette théorie, voir Patrick COURBE, *op. cit.*, n°s 102-111, pp. 147-155.

⁴¹² Voir *supra*, n° 65.

système interne. Dès lors, la modification du droit étranger peut être intervenue sur un élément partiel du statut, mais le législateur étranger aura pu assurer son intégration cohérente dans la réglementation d'ensemble de la matière. C'est ce qui explique que la rétroactivité de la loi nouvelle peut être prise en compte. Le juge du for peut toujours opposer son exception d'ordre public international si la loi nouvelle contrevient à ses valeurs fondamentales ou si la rétroactivité produit un résultat choquant, et la solution connaît des exceptions⁴¹³ ; mais la permanence du statut vient au soutien du principe adopté. Celle-ci est donc d'ores et déjà assurée de manière indirecte.

74. La permanence, un objectif potentiel de la résolution du conflit international de droit transitoire en matière de statut personnel. – Mais si, en droit positif, la solution du conflit international de droit transitoire semble simplement *coïncider* avec la permanence du statut personnel, celle-ci pourrait, en la matière, constituer l'*objectif* même du règlement du conflit transitoire. Certains auteurs contestent en effet la solution classique et proposent de trancher le conflit par l'application d'un principe propre au droit du for. Il s'agirait soit d'étendre la temporalité retenue pour apprécier la concrétisation du critère de rattachement de la règle de conflit de lois à la question de droit transitoire interne⁴¹⁴, soit d'élaborer une solution en fonction du but de chaque catégorie⁴¹⁵ ⁴¹⁶. Cette dernière proposition, qui, s'inscrivant dans les pas de Graulich⁴¹⁷, est celle de Patrick Courbe⁴¹⁸, semble constituer l'opposition la plus sérieuse à la règle établie. L'auteur se fonde sur la prééminence du conflit international sur le conflit transitoire dans une telle hypothèse, non seulement parce qu'il est traité en premier par

⁴¹³ Sur ces exceptions, voir Jacques FOYER, Patrick COURBE, Johanna GUILLAUMÉ, *op. cit.*, n^{os} 106-114. Sur la pétrification, voir par exemple Civ. 1, 28 novembre 2006, *RCDIP*, 2007, p. 397, note P. LAGARDE.

⁴¹⁴ Ainsi, si cette solution était adoptée, elle conduirait, par exemple, en matière d'établissement de la filiation, à appliquer la loi en vigueur dans l'ordre juridique désigné au jour de la naissance de l'enfant, l'article 311-14 du Code civil prévoyant que la loi applicable est celle de la nationalité de la mère à cette date. Sur cette solution, ses applications dans les pays de *common law* et son caractère exceptionnel en droit français, voir Hans LEWALD, *op. cit.*, n^o 47, pp. 111-113.

⁴¹⁵ Sur ce point, voir Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *op. cit.*, *loc. cit.* : les auteurs reprochent à cette solution de négliger la neutralité ordinaire de la règle de conflit de lois.

⁴¹⁶ Une troisième solution a en réalité été formulée selon laquelle le conflit transitoire de droit étranger doit être résolu selon le droit transitoire du for. Cette proposition, isolée en doctrine et qui n'a pas connu d'application en droit positif, repose sur l'idée, qui a aussi servi de fondement à certains auteurs pour rejeter la possibilité du renvoi, selon laquelle la règle de conflit de lois est une règle indirecte qui ne peut désigner qu'une règle matérielle au sein de l'ordre juridique compétent. Voir ainsi sur ce point Étienne SZASZY, « Les règles de conflit de lois dans le temps (Théorie des droits acquis) », *RCADI*, vol. 47, 1934, pp. 145-257, spéc. pp. 159-160 : « Dès lors que nous admettons que la règle de conflit renvoie seulement à la loi matérielle applicable, c'est-à-dire à la loi régissant les conditions de validité intrinsèque et extrinsèque ainsi que les effets du rapport juridique à juger, et s'il est vrai que le contenu des règles de conflit du droit transitoire est identique à celui des règles de conflit du droit international, il s'ensuit nécessairement [...] que le juge, dans le silence du législateur, résoudra le conflit survenu entre les lois étrangères, nouvelle et ancienne, selon les principes du droit transitoire de son propre pays ». Pour une présentation et une critique de cette thèse, voir Christian GAVALDA, *op. cit.*, n^{os} 211-212, pp. 290-292 ; Patrick COURBE, *op. cit.*, n^{os} 60-81, pp. 88-120.

⁴¹⁷ Paul GRAULICH, *Principes de droit international privé*, Dalloz, 1961, 216 p. ; Bertrand ANCEL, V^o « Conflit de lois dans le temps », *Répertoire de droit international*, Dalloz, décembre 2000.

⁴¹⁸ Patrick COURBE, *op. cit.*, n^{os} 172-280, pp. 229-399.

le juge du for mais aussi parce qu'il ne s'efface pas par l'effet de la survenance du conflit transitoire. Cette prééminence imposerait au juge de prendre en compte « les *exigences du système juridique du for* concernant l'établissement d'un ordre international [...] dans l'optique du conflit provoqué par le changement de la loi étrangère »⁴¹⁹. Une telle démarche s'imposerait au juge du for garant de la cohérence de son ordre juridique. En matière de statut personnel, il faudrait donc, selon l'auteur, prendre en considération la nécessité d'assurer la permanence du statut et l'autorité de la loi afin de dégager la solution du droit transitoire.

L'auteur étudie à cet égard les décisions rendues en matière de divorce⁴²⁰, qui, en majorité, font application du droit transitoire étranger. Il constate que ces décisions, pour un grand nombre d'entre elles, font directement le lien entre l'application du droit transitoire étranger et la catégorie : « cette solution, nous dit-il, est fondée, principalement sinon exclusivement, sur l'appartenance du rapport litigieux à la catégorie du statut personnel »⁴²¹. L'auteur s'appuie sur la décision rendue par le Tribunal de la Seine le 28 juin 1950⁴²² dans l'affaire *Patiño*⁴²³. En l'espèce, les juges ont été amenés à se prononcer sur le divorce d'époux de nationalité bolivienne, mariés en Espagne en 1931. La règle de conflit de lois, déduite de la bilatéralisation de l'article 3 § 3 du Code civil⁴²⁴, désigne la loi bolivienne. Or, celle-ci présente deux particularités d'importance dans le litige en cause : le divorce n'y a été admis qu'en 1932 – donc postérieurement au mariage des époux Patiño –, et la législation bolivienne de cette époque régissait les causes et les effets du divorce, mais renvoyait, quant à l'admissibilité de l'action en divorce, à la loi du lieu de célébration du mariage – en l'espèce, la recevabilité de l'action en divorce dépendait donc du droit espagnol qui, à cette époque, considérait le mariage indissoluble. La juridiction fait une application immédiate de la loi bolivienne au divorce des époux Patiño et déclare donc la demande irrecevable. Pour cela, elle ne tranche pas la question du conflit transitoire en lui-même, qu'elle semble envisager plus largement comme un problème d'interprétation de la loi étrangère, mais se fonde sur la permanence du statut personnel. Dans son commentaire de la décision, M. Philonenko justifie la solution en rappelant le caractère

⁴¹⁹ *Op. cit.*, n° 173, p. 233. C'est l'auteur qui souligne.

⁴²⁰ Il commence en réalité par analyser la solution en matière de capacité, composante du statut personnel qui n'intéresse pas directement nos travaux. Il considère que « [d]ans la mesure où la *continuité d'application* de la loi personnelle ne peut se concevoir que dans l'espace et dans le temps, l'application du droit transitoire étranger paraît s'imposer. L'absence de décision sur ce point, remarque l'auteur, n'empêche pas de considérer que cette solution semble seule correspondre à la soumission de la capacité à la loi personnelle » : *op. cit.*, n° 298, pp. 428-429.

⁴²¹ *Op. cit.*, n° 299, p. 431.

⁴²² *RCDIP*, 1951, p. 648, note H. MOTULSKY ; *Chunet*, 1952, p. 174, note A. PHILONENKO. Sur cette affaire, voir plus largement Bertrand ANCEL, Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, *op. cit.*, n°s 38-39, pp. 330-348.

⁴²³ Patrick COURBE, *op. cit.*, n°s 300-301, pp. 432-434.

⁴²⁴ Paris, 13 juin 1814, *Busqueta*, précité.

statutaire du mariage : « les époux, en contractant mariage, adhèrent à l'institution du mariage [...]. Il ne peut en être autrement sur le plan des conflits de lois. Pourvu qu'à l'époque de l'union les époux aient le statut personnel commun et que ce statut leur demeure commun, ils seront invariablement régis par ce statut tel quel, avec toutes les variations qu'il peut subir du législateur »⁴²⁵. C'est donc, comme le souligne Patrick Courbe, « [l]e sens [même] de la règle de conflit [qui] conduit, en d'autres termes, à l'application de la loi étrangère dans son ensemble, en respectant, dans l'intérêt des particuliers, les modifications qu'elle a pu subir à l'étranger, dans le but d'assurer la permanence de la réglementation du statut personnel »⁴²⁶.

Cette analyse, qui met en relief l'importance de l'objectif des règles de conflit pour la solution du conflit international de droit transitoire, serait par ailleurs confortée par les solutions particulières adoptées, ou qui devraient l'être selon l'auteur, d'une part, lorsque la règle de conflit est unilatérale, et, d'autre part, en présence d'une règle de conflit à coloration matérielle. Les unes sont analysées au travers de l'article 309 du Code civil, aux termes duquel la loi française régit le divorce lorsque les époux sont de nationalité française, lorsqu'ils ont leur domicile commun en France, ou enfin lorsqu'aucune loi étrangère ne se reconnaît compétente. Les dispositions de cet article devraient conduire à l'application du droit transitoire étranger, car la règle de conflit française étant unilatérale, la volonté du législateur étranger devrait être respectée « dès lors que la loi française ne se reconnaît pas compétente [...]. Or, [cette volonté] ne peut être effectivement respectée que si l'on suit les normes d'application du droit étranger que sont les règles de conflit dans le temps »⁴²⁷. Les autres sont étudiées en matière d'établissement de la filiation et de droit aux aliments, domaines dans lesquels ont succédé aux règles de conflit jurisprudentielles des textes, législatif pour le premier, conventionnel pour le second, imprégnés de considérations de faveur. Ainsi, en matière de filiation, l'article 311-14 du Code civil, qui soumet l'établissement de la filiation à la loi nationale de la mère au jour de la naissance de l'enfant, traduit l'égalité entre les filiations légitime et naturelle qui innerve l'ensemble du texte, tandis que l'article 311-17 est une règle de conflit alternative favorable à la validité de la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité. C'est aussi une règle de conflit alternative que formulait, en matière de légitimation, l'article 311-16 de ce même code, abrogé en 2005⁴²⁸. En matière alimentaire, les articles 4 à 6 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires organisent une cascade de

⁴²⁵ Alexis PHILONENKO, note précitée, p. 186, cité par Patrick Courbe, *op. cit.*, n° 301, p. 434.

⁴²⁶ Patrick COURBE, *op. cit.*, n° 295, pp. 424-425.

⁴²⁷ Jacques FOYER, Patrick COURBE, Johanna GUILLAUMÉ, V° « Conflits transitoires internationaux », *JCl. Droit international*, fasc. 533-1, 2014, n° 127.

⁴²⁸ Cet article a été abrogé par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation (JORF, n° 156, 6 juillet 2005, p. 11159), qui a fait disparaître en droit français toute référence aux filiations « légitime » et « naturelle ».

rattachements dont la mise en œuvre n'est pas déterminée par la défaillance du rattachement de principe ou précédent, mais par l'impossibilité pour le créancier d'obtenir des aliments sur le fondement des lois ainsi désignées. Or, les décisions rendues dans ces domaines révèlent que les solutions de droit transitoire adoptées sont souvent favorables à l'établissement de la filiation⁴²⁹ ou à l'octroi d'aliments, et si les juges n'identifient pas expressément l'idée de faveur comme fondement de leurs décisions, l'auteur insiste sur le lien établi entre le système du for et la solution en matière de droit transitoire⁴³⁰. Il nous semble cependant que, à supposer qu'une telle analyse soit un jour expressément adoptée en jurisprudence, la solution du conflit international de droit transitoire ne puisse se fonder sur l'idée de faveur en matière d'établissement de la filiation lorsque la loi applicable est désignée par la règle de conflit de l'article 311-14 du Code civil. Celle-ci étant une règle de conflit bilatérale, neutre, l'objectif qui pourrait être pris en compte dans ce cadre est celui de la permanence du statut personnel.

75. Conclusion. – S'il ne nous appartient pas ici de prendre position pour l'une ou l'autre de ces analyses qui ont fait l'objet d'études dédiées sans commune mesure avec cette présentation, il nous est permis de constater que les solutions en matière de conflit international de droit transitoire préservent directement ou indirectement la dimension temporelle de la permanence, et révèlent le recul actuel de la permanence conçue de manière abstraite.

B. Le conflit mobile

76. Définition. – Le conflit mobile, ainsi nommé par Martin⁴³¹, pose un problème quelque peu différent des précédents, bien que les solutions proposées puissent être similaires, puisqu'aucune règle n'est ici modifiée. Il survient lorsque « l'élément de la situation, reconnu comme localisateur par la règle de conflit de lois dans l'espace, a connu une ou plusieurs modifications dans le temps »⁴³². C'est par exemple le cas lorsqu'un individu change de nationalité alors que celle-ci constitue le critère de rattachement de la règle de conflit de lois. Résultant d'un défaut dans l'énoncé de la règle de conflit qui n'indique pas à quel moment doit être apprécié le rattachement, il désigne ainsi le cas dans lequel une même situation est soumise

⁴²⁹ Voir les décisions citées par Patrick COURBE, *op. cit.*, note 1, p. 445.

⁴³⁰ *Op. cit.*, nos 304-327, pp. 438-474. Une telle analyse n'est pas entièrement rejetée par les défenseurs de la solution classique, qui admettent ici le jeu de la faveur en matière de droit transitoire lorsque la règle de conflit est à coloration matérielle. Cela étant dit, en matière d'établissement de la filiation en particulier, le résultat pourrait être identique en appliquant la solution classique en tenant compte du jeu de l'exception d'ordre public international.

⁴³¹ Étienne BARTIN, *op. cit.*, n° 78, p. 193. Sur cette notion voir aussi Mohamed Kamal FAHMY, *Le conflit mobile de lois en droit international privé*, th. dactyl., Université de Paris, 1951, 260 p. ; François RIGAUX, « Le conflit mobile en droit international privé », *op. cit.* ; Mathilde SOULEAU-BERTRAND, *Le conflit mobile*, Dalloz, 2005, xv-421 p. ; Jacques FOYER, Patrick COURBE, V° « Conflits mobiles », *JCl. Droit international*, fasc. 533-2, 19 février 2015.

⁴³² Mathilde SOULEAU-BERTRAND, *op. cit.*, n° 3, p. 2.

successivement à deux systèmes juridiques différents en raison d'un changement volontaire⁴³³ affectant le facteur de rattachement⁴³⁴. Le conflit mobile, qui intervient dans le cadre de la mise en œuvre d'une même règle de conflit dans l'espace, suppose donc un rattachement susceptible de variations⁴³⁵ en lui-même⁴³⁶, ce qui exclut les rattachements immuables comme le lieu de situation de l'immeuble, ou irrémédiablement situés dans le temps, comme le lieu de survenance du délit ou le lieu de conclusion du contrat. En revanche, le statut personnel, traditionnellement soumis en droit français à la nationalité, est un terrain d'élection privilégié du conflit mobile : en effet, si le rattachement a été choisi pour sa stabilité, il n'est pas absolument constant, étant susceptible de varier en fonction des changements de nationalité des intéressés.

77. L'inadéquation de la transposition des solutions du droit transitoire interne. – La solution à donner au conflit mobile, lorsqu'elle n'est pas apportée par le législateur lui-même, est discutée en doctrine. Il semble que de nombreux auteurs envisagent de faire application des règles de droit transitoire interne du for⁴³⁷. C'est notamment l'opinion de Henri Batiffol et Paul Lagarde, pour lesquels

« [l]e conflit mobile constitue un conflit dans le temps dont la différence avec le conflit transitoire interne ne paraît pas devoir emporter de divergences dans le régime d'ensemble. Entre les deux types la différence consiste en ce que dans le conflit transitoire interne les deux lois qui se succèdent émanent du même législateur, la

⁴³³ Cette volonté peut être licite ou illicite. Le changement de critère peut effectivement résulter d'une manipulation frauduleuse qui vise à créer un rattachement artificiel de la situation à un ordre juridique autre que celui qui est normalement compétent. Dans une telle situation de fraude à la loi (sur laquelle voir Req., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*, S., 1878, n° 1, p. 193, note J.-É. LABBÉ ; D., 1878, p. 201, concl. Ch.-A. CHARRINS ; *Chunet*, 1878, p. 505 ; *GADIP*, n° 6. Voir également Mathilde SOULEAU-BERTRAND, *op. cit.*, n°s 90-114, pp. 47-61 ; Étienne CORNUT, *Théorie de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, 2006, x-511 p.), le conflit mobile est écarté et la situation est traitée comme un conflit dans l'espace simple. Pour cette raison, nous n'étudions ici que les changements volontaires licites du critère de rattachement. Sur le conflit mobile provoqué par une volonté licite, en particulier s'agissant de la nationalité, voir Jacques FOYER, Patrick COURBE, *op. cit.*, n°s 30-34.

⁴³⁴ Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, *op. cit.*, n° 318, p. 517. Nous excluons donc l'étude des conflits mobiles en matière de condition des étrangers et ceux pouvant survenir avant la mise en œuvre de la règle de conflit pour apprécier la nationalité ou le domicile. De même, nous excluons celle des conflits mobiles « complexes ». Sur ces points, voir respectivement François RIGAUX, *op. cit.*, n°s 40-41, pp. 361-362 et n°s 24-30, pp. 350-354.

⁴³⁵ Sur la distinction entre rattachements variables et constants, voir Hans LEWALD, *op. cit.*, n°s 20-22, pp. 39-46 ; François RIGAUX, *op. cit.*, n°s 35-37, pp. 357-358.

⁴³⁶ Une situation proche de celle du conflit mobile peut résulter d'un changement de souveraineté sur un territoire donné, ce qui est moins fréquent de nos jours. Mais la doctrine s'accorde majoritairement à rejeter la qualification de conflit mobile dans une telle hypothèse. Voir sur ce point Paul ROUBIER, « Les conflits dans le temps en droit international privé », *op. cit.*, p. 59.

⁴³⁷ Marie-Laure NIBOYET, Géraud DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2017, 756 p., spéc. n° 376, p. 277 ; Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, *op. cit.*, n° 320, pp. 519-521 ; Henri BATIFFOL « Conflits mobiles et droit transitoire », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. I, Dalloz, Sirey, 1961, pp. 39-52.

seconde abrogeant la première, tandis que dans le conflit mobile les deux lois qui régissent successivement la situation émanent de législateurs différents, et restent simultanément en vigueur sur leurs territoires respectifs. Mais vis-à-vis du droit subjectif considéré la situation se présente de la même manière dans les deux cas : deux lois se sont trouvées successivement applicables, et il s'agit de déterminer dans quelle mesure les conséquences de la situation initiale se trouvent régies par la loi nouvelle »⁴³⁸.

Les auteurs reconnaissent ainsi la différence entre ces conflits, mais la considèrent insignifiante du point de vue de leur résolution. Il s'agit donc pour eux de faire une application immédiate de la loi nouvelle, ce qui conduit à retenir la concrétisation la plus récente du rattachement par rapport au moment où le juge statue⁴³⁹. Cette solution se justifierait par la volonté d'assurer « l'unité de législation interne »⁴⁴⁰ de l'État dans lequel le critère de rattachement se concrétise en dernier lieu. La compétence de la loi nouvelle s'avère en outre absolue, puisque les principes du droit transitoire ne peuvent être transposés sans adaptation aux conflits mobiles. Comme le soulignent Patrick Courbe et Jacques Foyer, « [e]n droit interne [...] le législateur peut écarter l'effet immédiat de la loi nouvelle, soit en prévoyant une rétroactivité de celle-ci, soit en admettant une survie de la loi ancienne. Dans le conflit mobile, ces dérogations ne peuvent être transposées telles quelles, car la législation antérieure étant étrangère, n'est pas "à la disposition du législateur dont le système régit désormais la situation" »⁴⁴¹.

Cependant, il est possible de s'interroger, avec François Rigaux, sur la pertinence de l'argument relatif à la préservation de l'unité de législation interne de l'État de la dernière concrétisation du facteur de rattachement. D'une part, les nécessités qui commandent, en matière de droit transitoire, l'application la plus immédiate possible de la loi nouvelle et qui tiennent au fait que celle-ci *remplace* la loi ancienne ne se retrouvent pas en matière de conflit mobile qui met en jeu deux lois qui restent en vigueur *simultanément* dans deux ordres

⁴³⁸ Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴³⁹ Pillet a préconisé de recourir à la théorie des droits acquis, qu'il a forgée à partir de l'étude des conflits mobiles. Cependant cette proposition n'a pas résisté à l'imprécision reprochée à la théorie des droits acquis et aux critiques formulées par Roubier.

⁴⁴⁰ Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2013, 1170 p., spéc. n° 334, p. 312-314.

⁴⁴¹ Jacques FOYER, Patrick COURBE, *op. cit.*, n° 61, citant Henri Batiffol, Paul Lagarde, *op. cit.*, n° 320, p. 520.

juridiques différents sans y être modifiées⁴⁴². D'autre part, l'unité de législation ne serait favorisée, du point de vue du juge du for, que si la loi nouvelle est la *lex fori*⁴⁴³.

78. Une solution fondée sur la permanence en matière de statut personnel. – Cette inadaptation de la transposition des solutions du droit transitoire aux conflits mobiles a incité la doctrine à formuler d'autres propositions qui privilégient l'étude du but et des caractéristiques de chaque règle de conflit afin d'en déduire la solution du conflit mobile⁴⁴⁴. La logique en est précisée par Pierre Mayer, Vincent Heuzé et Benjamin Rémy, qui relèvent que « [s]i le problème du conflit mobile se révèle au juge au moment de l'*application* de la règle de conflit, il traduit en réalité une lacune dans l'*énoncé* de celle-ci »⁴⁴⁵. La situation temporelle du critère de rattachement fait partie de la définition de la règle de conflit, et le législateur la précise pour certaines d'entre elles. Lorsque cette précision fait défaut, il convient d'examiner le but et les caractéristiques de la catégorie. En effet, « [l]e choix de l'élément temporel dépend de considérations diverses, même si certains facteurs généraux, telle la nécessité de mettre les situations acquises à l'abri des variations postérieures de l'élément spatial, exercent souvent une influence. *Chaque catégorie de rattachement appelle, en fonction de ses caractéristiques propres, un critère de rattachement spatio-temporel particulier* »⁴⁴⁶. Il s'agit donc de rechercher une cohérence entre l'élément spatial et l'élément temporel du critère de rattachement.

Le statut personnel n'échappe pas à la nécessité de distinguer la constitution du statut et les effets du statut⁴⁴⁷. Si, en ce qui concerne la première, la solution semble évidente et oriente l'autorité saisie de la question vers l'appréciation du rattachement au moment de la constitution de la situation, les seconds peuvent davantage prêter à discussion. Il semble néanmoins possible de retenir l'analyse du fondement de la solution du doyen Graulich, qui paraît faire consensus sur ce point : l'auteur souligne que « c'est le caractère volontaire de l'adhésion à une nouvelle communauté nationale (que ce soit par l'effet du changement de nationalité ou de domicile), qui justifie l'application immédiate de la loi de cette communauté à la constitution de rapports personnels nouveaux (mariage, divorce) comme à la détermination des effets attachés à une situation d'état déjà acquise conformément à la loi ancienne »⁴⁴⁸. Autrement dit, l'objectif de permanence abstraite du statut fonde ici la solution retenue : en adoptant une nationalité

⁴⁴² François RIGAUX, *op. cit.*, n° 44, p. 364. Voir également Jacques FOYER, Patrick COURBE, *op. cit.*, n°s 73-74, où les lois dans le conflit mobile sont qualifiées de « concurrentes » et « vivantes ».

⁴⁴³ Sur cet argument, voir François RIGAUX, *op. cit.*, n° 44, pp. 364-365.

⁴⁴⁴ En ce sens, Hans LEWALD, *op. cit.*, n° 39, p. 95 ; François RIGAUX, *op. cit.*, n° 46, p. 367.

⁴⁴⁵ Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *op. cit.*, n° 261, p. 181.

⁴⁴⁶ *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

⁴⁴⁷ Voir sur ce point l'exposé de la thèse de Niederer par François RIGAUX, *op. cit.*, n° 45, p. 366.

⁴⁴⁸ Thèse du doyen Graulich exposée par François RIGAUX, *op. cit.*, n° 47, p. 369.

nouvelle ou en changeant de domicile, les individus ont marqué leur volonté de changer durablement le cadre dans lequel ils vont évoluer et construire leur identité. Ce résultat concorde certes en matière de statut personnel avec la solution avancée par les tenants de la transposition aux conflits mobiles des règles de droit transitoire⁴⁴⁹, mais il nous semble mieux fondé en tenant compte des caractéristiques de la règle de conflit et en particulier de la permanence du statut personnel.

79. Conclusion de la Section. – La volonté de protéger l'essence de la personne dans le cadre de ses relations privées internationales incite donc à identifier ses attributs permanents afin de leur assurer une continuité dans l'espace et dans le temps. C'est à cette seule condition que la catégorie du statut personnel remplit effectivement sa mission de protection, la dimension temporelle de la situation étant indissociable de sa dimension spatiale.

80. Conclusion du Chapitre. – La construction du statut personnel en tant que catégorie de rattachement en droit international privé puise ses racines dans l'idée de justice qui, dans le cadre de la théorie des statuts, a mis en évidence la nécessité de réserver un traitement spécifique à la personne en droit, et dans l'élaboration d'une théorie juridique de la personne conçue de façon abstraite. Ce fondement et l'objectif de permanence du statut personnel visant la protection transnationale de la personne correspondent à une conception privatiste du droit international privé. D'après cette dernière, conflits de juridictions et conflits de lois ne mettent pas en jeu des conflits de souverainetés dont la résolution se traduirait par une répartition des compétences entre les États et finalement par la « manifestation du *pouvoir* »⁴⁵⁰ de l'État désigné. Il s'agit désormais de réguler les intérêts des personnes privées impliquées dans les relations internationales⁴⁵¹. Aussi, sans l'évincer⁴⁵², cette conception commande de relativiser le poids de l'intérêt de l'État avec lequel les intérêts privés doivent potentiellement être conciliés. C'est précisément parce que la nationalité, en tant que critère de rattachement du statut personnel, a été perçue comme irrémédiablement associée à l'intérêt de l'État perçu comme l'exercice d'un pouvoir souverain que sa légitimité en la matière a été contestée après-guerre. Il s'agit désormais de constater qu'alors même qu'elle se prévaut d'une vision privatiste

⁴⁴⁹ Sur ce constat et plus largement sur l'analyse de la similitude des résultats auxquelles parviennent ces deux thèses, voir Marie-Laure NIBOYET, Géraud DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *op. cit.*, n° 378, pp. 278-219.

⁴⁵⁰ Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 71, p. 69.

⁴⁵¹ Sur ces deux conceptions du droit international privé, voir Sur ce point, voir Horatia MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, th. dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 1985, n°s 122-159, pp. 167-220.

⁴⁵² Voir Pierre MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, 1985, n° 2, pp. 129-143, spéc. n° 15, p. 135 : « Pour la plupart [des auteurs], intérêts privés et intérêts étatiques interviennent ensemble ».

du droit international privé, une telle critique enferme l'analyse du rattachement dans une conception publiciste qu'il convient de dépasser.

CHAPITRE 2

LA DISCUSSION DES RATTACHEMENTS

81. La protection de l'essence de la personne⁴⁵³ a longtemps été garantie par la définition de la règle de conflit en matière de statut personnel. À une catégorie étendue, destinée à respecter les ensembles législatifs établis en droit interne et à assurer la permanence du statut, a été initialement associé un rattachement à la nationalité, perçu comme un rattachement fort réalisant un équilibre entre intérêts privés – notion qui désigne « non pas [...] l'intérêt d'une personne mais [les] intérêts privés en jeu dans une relation entre plusieurs parties »⁴⁵⁴ – et intérêt de l'État en la matière.

En effet, d'un côté, la satisfaction des intérêts privés se traduit par « l'application de la loi qui a "les relations les plus réelles avec leurs intérêts permanents" »⁴⁵⁵. Il s'agit donc de rechercher avec quelle collectivité nationale la situation a le plus de liens, afin de faire application d'une norme identifiable *a priori*⁴⁵⁶ et ainsi de respecter au mieux les légitimes prévisions des parties quant à la solution du litige⁴⁵⁷. Les parties ne doivent pas être surprises par la sanction de leur comportement, qu'elles ont adopté au regard d'une loi donnée, et souvent en dehors de toute situation litigieuse⁴⁵⁸. Il s'agit donc pour l'auteur de la règle de s'efforcer de

⁴⁵³ Sur l'émergence de la nécessité de protéger l'essence de la personne, voir *supra*, n^{os} 34-38, 63-66.

⁴⁵⁴ Henri BATIFFOL, « Les intérêts de droit international privé », in *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende ? Festschrift für Gerhard Kegel*, Francfort-sur-le-Main, Alfred Metzger Verlag GmbH, 1977, pp. 11-21, spéc. p. 16. Les intérêts privés en cause, ne visent donc pas la « protection de l'individu » (*Ibid.*). Par ailleurs, intérêt des parties, ils doivent être distingués des intérêts des tiers quant à eux protégés comme composante de l'intérêt général dont l'État est garant. Voir en ce sens, distinguant au sein des intérêts privés les intérêts des « particuliers qui nouent des relations juridiques au travers des frontières » et ceux des « tiers qui [relèvent ...] des intérêts généraux dont l'État a la charge », Bernard AUDIT, « Le caractère fonctionnel des règles de conflit (sur la crise des conflits de lois) », *RCADI*, vol. 186, 1984, pp. 219-397, spéc. p. 275. C'est l'auteur qui souligne.

⁴⁵⁵ Henri BATIFFOL, *op. cit.*, *loc. cit.* L'auteur constate que Kegel en adopte une définition proche, mais néanmoins différente puisqu'il prend plutôt en compte l'intérêt de la personne, et en déduit l'application de « la loi avec laquelle "l'homme moyen... est le plus étroitement lié" ». En ce sens, voir aussi Bernard AUDIT, *op. cit.*, *loc. cit.* : « La loi qui satisfait à cette exigence [d'intelligibilité] est normalement celle qui présente les liens les plus étroits avec leurs intérêts permanents ».

⁴⁵⁶ Sur cette distinction, rejoignant Henri Batiffol, voir Benjamin RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008, xvi-466 p., spéc. n^o 147, pp. 80-81 : à la question de savoir si « une partie peut [...] avoir intérêt à l'application d'une loi, alors même que le contenu de cette loi tranche le litige en sa défaveur », l'auteur répond que « [l]a croyance des parties dans l'application ou la reconnaissance d'une norme donnée, leur permet de prévoir cette solution, quand bien même elle leur serait défavorable. Elles peuvent dès lors régler leur comportement en fonction de celle-ci. Il existe un intérêt en soi, distinct des intérêts substantiels, à prévoir l'avenir alors même que celui-ci n'est pas souhaitable. Cela permet de tenter d'éviter sa réalisation, d'en circonscrire les effets dans certains cas, ou d'en aménager les conséquences dans d'autres cas » (c'est nous qui soulignons).

⁴⁵⁷ En ce sens, voir aussi Yves LEQUETTE, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, vol. 246, 1994, pp. 1-233, spéc. n^o 44, p. 56.

⁴⁵⁸ En ce sens, voir Pierre MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général », *RCADI*, vol. 327, 2007, pp. 1-378, spéc. n^o 10, p. 30 : « Les règles ne sont pas faites essentiellement pour aider à résoudre des litiges, mais pour organiser la vie sociale, en dehors de tout litige ; les litiges ne constituent que des accidents, qui cependant donnent l'occasion au juge d'affirmer l'autorité de la règle » ; et *op. cit.*, n^o 11, p. 31 : « L'essentiel est lié à la connaissance de la règle par les particuliers, qui leur

faire correspondre la loi applicable à la loi à laquelle les parties se sont fiées pour déterminer leur conduite⁴⁵⁹, pourvu que leur croyance dans l'application de cette loi soit légitime⁴⁶⁰. Cette conception de l'intérêt des parties implique de procéder par « localisation » du rapport de droit en cause, afin de déterminer l'État dont la loi a légitimement pu servir de référence aux parties. En ce qu'il signifie d'abord un lien d'appartenance entre l'individu et l'État, le rattachement à la nationalité paraît ainsi satisfaire la réalisation des intérêts privés. D'un autre côté, s'agissant du conflit de lois, ce rattachement permet « d'assurer la continuité de la réglementation de l'état des personnes, et donc d'empêcher celles-ci de se soustraire aux incapacités dont elles sont éventuellement frappées selon cette loi, à raison seulement de leur déplacement dans un pays autre que celui de leur nationalité »⁴⁶¹. Il constitue donc le vecteur de l'autorité de la loi en droit international privé dans une matière qui a longtemps été, et reste aujourd'hui, d'une sensibilité particulière sur les plans culturel, social, voire politique.

82. En répondant par une construction, qui fait encore aujourd'hui figure de principe, aux questions suscitées par l'arrêt *Ferrari*⁴⁶², relatives à la détermination du critère de rattachement des effets du mariage à défaut de nationalité commune des époux, la jurisprudence *Rivière-Lewandowski-Tarwid*⁴⁶³ a initié une érosion lente mais continue de la catégorie qui se poursuit actuellement⁴⁶⁴, si bien que la synthèse apparente de l'article 3 § 3 du Code civil ne correspond

permet de savoir quelles conséquences s'attacheront à leurs actes, et qui dirige donc leur comportement dans le sens que la société a privilégié. En ce sens, on peut dire que les règles de droit sont des règles de conduite pour les membres de la société, et par là les règles selon lesquelles la société fonctionne ».

⁴⁵⁹ Dans la terminologie employée par Pierre Mayer dans son Cours général à l'Académie de droit international de La Haye, cela revient à faire correspondre la règle de décision sur laquelle va s'appuyer le juge du for et la règle de conduite à laquelle les parties se sont fiées pour déterminer leur comportement. La règle de décision se dissocie alors de la règle de conduite en vigueur dans l'ordre juridique du for : Pierre MAYER, *op. cit.*, n° 10-12, pp. 29-34. Voir aussi en ce sens Benjamin RÉMY, *op. cit.*, n° 138, pp. 72-73.

⁴⁶⁰ Quant à la détermination du caractère légitime des croyances des parties, Benjamin Rémy souligne qu'il « est [...] possible que les parties fixent leur croyance quant à la loi applicable en établissant un lien entre un élément saillant de la situation dans laquelle elles sont impliquées et un ordre juridique donné. L'auteur de la règle de rattachement peut alors se demander, pour déterminer le critère de rattachement, quel est, dans l'esprit d'un homme raisonnable, l'élément le plus saillant pour chaque type de situation » : Benjamin RÉMY, *op. cit.*, n° 143, p. 78.

⁴⁶¹ Vincent HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, GLN Joly, 1990, viii-392 p., spéc. note 16, p. 212.

⁴⁶² Civ., 6 juillet 1922, *Ferrari*, *RDIP*, 1922, p. 444, rapport A. COLIN, note A. PILLET ; *Clunet*, 1922, p. 545, note A. MORILLOT ; *ibid.*, p. 714 ; *DP*, 1922, I, p. 137 ; *S.*, 1923, n° 1, p. 5, note Ch. LYON-CAEN ; *GADIP*, n° 12. Sur cet arrêt, voir *infra*, n° 100.

⁴⁶³ Civ. 1, 17 avril 1953, *Rivière*, *RCDIP*, 1953, p. 412, note H. BATIFFOL ; *Clunet*, 1953, p. 860, note R. PLAISANT ; *JCP*, 1953, II, 7863, note J. BUCHET ; *RabelsZ*, 1955, p. 520, note Ph. FRANCESCAKIS ; *GADIP*, n° 26 ; Civ. 1, 15 mai 1961, *Tarwid*, *D.*, 1961, p. 437, 3^{ème} espèce, note G. HOLLEAUX ; *RCDIP*, 1961, p. 547, note H. BATIFFOL ; *Clunet*, 1961, p. 734, note B. GOLDMAN ; Civ. 1, 15 mars 1955, *Lewandowski*, *RCDIP*, 1955, p. 320, note H. BATIFFOL ; *Clunet*, 1956, p. 860, note R. PLAISANT ; *Clunet*, 1956, p. 146, note B. GOLDMAN ; *D.*, 1955, p. 540, note M. CHAVRIER ; *JCP*, 1955, II, 8771, note A. PONSARD. Sur ces arrêts, voir *infra*, n° 101-103, 106, 151.

⁴⁶⁴ Le lien entre le rattachement et l'étendue de la catégorie a été mis en évidence par le doyen Batiffol : Henri BATIFFOL, « Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe continentale », in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, 1976, pp. 213-223, spéc. p. 219. Voir aussi Yves LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Dalloz, 1976, vii-335 p., spéc. n° 193, p. 152 ; Bertrand ANCEL, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Dalloz, 1977, 601 p., spéc. n° 533, pp. 496-497 : après avoir souligné que dans l'idée originaire de Savigny, « il semblerait plus exact d'admettre que le

plus à la réalité de la matière⁴⁶⁵. La nécessaire précision des modalités d'application de la règle codifiée en présence d'époux de nationalité différente s'est accompagnée d'une contestation vigoureuse de la légitimité du rattachement à la nationalité qui confèrerait une importance induue à l'intérêt de l'État dans la résolution des litiges familiaux internationaux. Le domicile, au contraire, en ce qu'il correspondrait à un rattachement fondé sur le principe de proximité⁴⁶⁶, serait mieux à même de pourvoir aux intérêts des parties. Aussi, à la faveur de la consécration du domicile commun en tant que critère subsidiaire en matière d'effets du mariage⁴⁶⁷, une partie de la doctrine plaide pour faire du domicile le rattachement de principe du statut personnel.

83. Plan. – Le rattachement à la nationalité nous semble pourtant abusivement accolé à la souveraineté de l'État. L'opposition entre le critère de la nationalité et celui du domicile ne nous paraît pas traduire une réelle opposition entre souveraineté et proximité, en raison à la fois de la complexité des fondements de chacun de ces critères et de la dissociation de l'intérêt de l'État de l'exercice de son pouvoir souverain (SECTION 1). Par ailleurs, véritable arlésienne du droit international privé, il est permis de constater que la disparition de la nationalité en matière de statut personnel ne semble pas pleinement advenir. La raison de cette résistance du critère paraît résider dans la justification qu'il conviendrait désormais de retenir selon une vision strictement privatiste de la règle de conflit en matière de statut personnel pour « limiter [autant que faire se peut] son éclatement en une nébuleuse ou une mosaïque »⁴⁶⁸ : le rôle de la loi nationale dans la construction de l'identité de la personne (SECTION 2).

rattachement est déterminé par la catégorie sans réciprocité » (n° 533, p. 496), l'auteur affirme en matière de statut personnel que « [c]'est évidemment parce que les institutions que cette catégorie regroupe offrent aux problèmes qu'elles traitent des solutions dont le développement cohérent manifeste davantage un besoin de permanence que d'uniformité locale que, dans l'hypothèse du conflit de lois, le droit français s'est satisfait du rattachement à la nationalité. Pourtant le droit international privé comparé montrerait sans doute que le rattachement a aussi une influence sur la catégorie. Ainsi, les juridictions anglaises ont préféré pour le statut personnel, ou ce qui y correspond, le rattachement au domicile. N'offrant pas la même stabilité que la nationalité, ce facteur répond moins bien au besoin de permanence et, corrélativement, il apparaît que le droit international privé anglais a une conception plus étroite du statut personnel que le droit international privé français... À un rattachement fort, c'est-à-dire particulièrement adéquat, se joint une catégorie solide et souvent étendue ; à un rattachement faible, une catégorie fragile et parfois rétrécie ».

⁴⁶⁵ Bernard AUDIT, Louis D'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 2018, 1213 p., spéc. n° 716, pp. 599-600.

⁴⁶⁶ Pour une analyse critique du domicile fondé sur le principe de proximité, voir *infra*, n°s 129-136.

⁴⁶⁷ Sur les conséquences de l'arrêt *Rivière* sur la critique du rattachement à la nationalité, voir *infra*, n°s 98-103.

⁴⁶⁸ Bernard AUDIT, Louis D'AVOUT, *op. cit.*, n° 716, p. 600.

SECTION 1 : ANALYSE CRITIQUE DES FONDEMENTS DES RATTACHEMENTS DU STATUT PERSONNEL À LA NATIONALITÉ ET AU DOMICILE

84. Comme le rappelle Fritz Schwind, le choix du critère de rattachement n'est pas « un acte purement technique »⁴⁶⁹ et il en est d'autant moins ainsi en matière de statut personnel. Les vifs débats qui agitent une doctrine partagée entre nationalité et domicile, et irréconciliable⁴⁷⁰ suffisent à s'en convaincre. En effet, « ce choix est une expression des considérations fondamentales de la loi du for en ce qui concerne la réalisation de la justice. Ce n'est pas seulement la justice internationale du droit international privé, mais aussi la justice matérielle, qui joue un rôle très important »⁴⁷¹. En matière personnelle et, pour ce qui nous intéresse, familiale, ce choix se veut révélateur de l'importance relative du lien qui unit une personne à son milieu de vie, d'une part, et de « l'inclinaison interne et éthique d'un individu pour sa patrie »⁴⁷², d'autre part.

85. Dès lors, dans un contexte de mondialisation accrue, la multiplication des allégeances personnelles et familiales comme les conséquences conflictuelles de l'immigration en France ont incité les juristes à repenser la règle de conflit en matière de statut personnel. Pourtant, les critiques dirigées contre le rattachement à la nationalité n'ont pas conduit à son abandon pur et simple, en raison de la proximité qui a longtemps existé entre nationalité et domicile et qui tend à relativiser une présentation souvent trop binaire de ces deux notions. Ainsi, si le rattachement du statut personnel à la nationalité peut aujourd'hui être critiqué, de façon contestable⁴⁷³, en ce qu'il opèrerait une soumission de la catégorie au principe de souveraineté, l'influence éventuelle de ce principe n'a pas débuté avec le règne de la nationalité. Si le domicile apparaît aujourd'hui, dans une vision quelque peu dévoyée⁴⁷⁴, comme un critère concret et localisateur, il a longtemps constitué le principal lien d'allégeance entre l'individu et l'État, ou la cité avant lui, si bien qu'à l'avènement de la nationalité, les deux notions ont semblé « indifférenciées »⁴⁷⁵. Par la suite, domicile et nationalité ont tous deux subi la dégradation du lien entre l'individu et l'État. L'influence de ce phénomène n'a cependant pas été la même sur l'un et l'autre critères, malgré leur proximité initiale, si bien qu'un débat relatif à l'adéquation du domicile ou de la nationalité comme élément de rattachement du statut personnel a

⁴⁶⁹ Fritz SCHWIND, « Aspects et sens du droit international privé. Cours général », *RCADI*, vol. 187, 1984, pp. 9-144, spéc. n° 1, p. 72.

⁴⁷⁰ Sur le compromis qu'est supposé réaliser la résidence habituelle, voir *infra*, n° 268.

⁴⁷¹ Fritz SCHWIND, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ Voir *infra*, n°s 87-116.

⁴⁷⁴ Voir *infra*, n°s 129-136.

⁴⁷⁵ Étienne PATAUT, *Principe de souveraineté et conflit de juridictions*, LGDJ, 1999, viii-517 p., spéc. n° 62, p. 41.

finalement émergé, tardivement⁴⁷⁶, en raison de la différenciation progressive⁴⁷⁷ de leurs fondements et de leurs fonctions respectifs. Aujourd'hui, alors que le domicile semble avoir opéré une mutation de ses fondements, délaissant le principe de souveraineté au profit du principe de proximité⁴⁷⁸ et s'attirant ainsi les faveurs de la doctrine, une telle évolution apparaît plus laborieuse concernant la nationalité.

86. Plan. – Le maintien allégué de ce lien entre principe de souveraineté et nationalité en tant que facteur de rattachement constitue le premier écueil auquel ce critère est aujourd'hui confronté. La spécialisation de la catégorie du statut personnel résulte donc d'un *recul* du critère dans des matières dans lesquelles la doctrine, la jurisprudence et le législateur ont considéré que la souveraineté de l'État n'avait plus de titre à s'imposer avec autant de force dans une conception moderne du droit international privé (I). Mais le domicile n'a par la suite pas su s'imposer comme facteur de rattachement principal du statut personnel en raison des incertitudes qui affectent ses fondements et sa définition, aggravant un peu plus le dépeçage de la catégorie (II).

I. L'inadaptation au droit international privé moderne de la nationalité fondée sur le principe de souveraineté

87. Plan. – Après l'avènement de l'État-nation et le lustre du principe des nationalités au siècle des révolutions, le XX^{ème} siècle, en Europe et en particulier en France, semble avoir été celui d'un lent mais constant recul de cette structure politique entraînant de nettes répercussions en matière conflictuelle⁴⁷⁹. Ce reflux de l'État-nation a notamment eu deux conséquences majeures en droit conflictuel : l'abandon de la conception publiciste de la matière, longtemps perçue comme un conflit de souverainetés, d'une part, et le déclin du critère de la nationalité en tant que rattachement personnel d'autre part. C'est cette dernière conséquence qui nous occupera ici. L'approche privatiste et localisatrice du droit international privé qui s'est imposée sous l'influence de l'École historique du droit et de son illustre fondateur, Friedrich Carl von Savigny, ne s'est pas accompagnée en droit positif d'un abandon du rattachement à la

⁴⁷⁶ Francescakis date des lendemains de la Première Guerre mondiale l'engouement pour le domicile en droit international privé en France, qui « en raison des pertes humaines qu'elle vient de subir, est devenue pays d'immigration » : Phocion FRANCESCAKIS, « Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel », *Trav. com. fr. DIP*, 1962-1964, pp. 291-323, spéc. p. 296. Sur le lien entre immigration et rattachement au domicile, voir *infra*, n^{os} 130-133.

⁴⁷⁷ Étienne PATAUT, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁷⁸ Voir *infra*, n^{os} 117-136.

⁴⁷⁹ Voir notamment sur ce point Johanna GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, LGDJ, 2011, xiii-576 p. ; Étienne PATAUT, *op. cit.* ; du même auteur, *La nationalité en déclin*, Odile Jacob, 2014, 101 p.

nationalité, ces deux éléments n'étant pas apparus inéluctablement corrélés. Pourtant, malgré le recul des considérations de souveraineté s'agissant de la fonction du droit des conflits de lois, le fondement de ces règles n'en a pas été entièrement débarrassé ; en particulier, la nationalité, si elle a rapidement été perçue comme un vecteur de permanence du statut personnel, a semblé, dans la lutte incessante l'opposant au critère du domicile, devoir son salut au principe de souveraineté dont elle est supposée être l'un des instruments. Cette conception de la nationalité ne paraît plus devoir aujourd'hui prévaloir en matière conflictuelle⁴⁸⁰, mais c'est bien le principe de souveraineté et son déclin qui sert actuellement d'argument principal aux pourfendeurs de ce critère. Son abandon serait, selon eux, inéluctable en raison de la dégradation du lien entre l'individu et l'État (A), et de l'incapacité rédhibitoire du principe de souveraineté à maintenir l'unité de loi applicable en cas de multiplicité de nationalités, chez une même personne ou au sein d'une même famille (B).

A. Une incapacité alléguée de la nationalité à se renouveler en conséquence de la dégradation du lien entre l'État et l'individu

88. Plan. – Si le rattachement à la nationalité semble irrémédiablement fondé sur le principe de souveraineté (2), c'est en raison du mode de détermination même de la nationalité, qui repose aujourd'hui sur la volonté de l'État (1).

1. *L'accent mis sur la nationalité en tant que lien souverainement déterminé*

89. Le lien entre nationalité et souveraineté de l'État en droit international public. – La théorie du droit international public⁴⁸¹ enseigne traditionnellement que la nationalité est le « lien de droit qui unit à un État déterminé une personne »⁴⁸². La nationalité définit l'appartenance juridique d'une personne à la population qui constitue l'État et détermine ainsi l'étendue de la compétence personnelle de ce dernier⁴⁸³ *en droit international public*. Elle se traduit par des droits et des obligations à la charge des nationaux, qui figurent la double relation de protection et de subordination ainsi instituée entre eux et l'État. Si la nationalité comporte une dimension horizontale, en rattachant chaque personne à une communauté nationale, c'est

⁴⁸⁰ Voir *infra*, n^{os} 141-145.

⁴⁸¹ Sur les relations entre droit international et droit interne en matière de nationalité, voir Hans Kelsen, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *RCADI*, vol. 42, 1932, pp. 117-352, spéc. pp. 242-248.

⁴⁸² Jean SALMON (dir.), V^o « Nationalité », *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 723-727, spéc. p. 723.

⁴⁸³ Sur cette notion, voir Louis-Antoine ALEDO, *Droit international public*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2014, 176 p., spéc. pp. 34-36 ; Pierre-Marie DUPUY, Yann KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 14^{ème} éd., 2018, 956 p., spéc. n^o 96, p. 99 ; Hugues FULCHIRON, V^o « Nationalité », *JCl. Droit international*, 28 juin 2018, synth. 60 ; Paul LAGARDE, V^o « Nationalité », *Répertoire de droit international*, Dalloz, juin 2013 ; Pierre LOUIS-LUCAS, « Le conflit de nationalités », *RCADI*, vol. 64, 1938, pp. 1-70, spéc. p. 5.

le lien d'allégeance vertical⁴⁸⁴ qu'elle instaurerait entre un individu et son État national qui nous intéresse ici pour comprendre pourquoi la nationalité, en droit international privé, est perçue, d'une part, comme principalement fondée sur la souveraineté de l'État et, d'autre part, comme un vecteur de l'intérêt de l'État.

90. D'une part, le lien entre nationalité et souveraineté résulte de la fonction première de la nationalité en droit international public. Il est reconnu que la souveraineté de l'État impose la détermination libre et exclusive de la nationalité par l'État, étant donné que la notion permet à la fois de définir l'un de ses éléments constitutifs et d'exercer un attribut de sa souveraineté⁴⁸⁵. Comme le reconnaît la Cour internationale de justice dans son célèbre arrêt *Nottebohm* du 6 avril 1955⁴⁸⁶, « la nationalité a ses effets les plus immédiats et les plus étendus et, pour la plupart des personnes, ses seuls effets dans l'ordre juridique de l'État qui l'a conférée. La nationalité sert avant tout à déterminer que celui à qui elle est conférée jouit des droits et est tenu des obligations que la législation de cet État accorde ou impose à ses nationaux. Cela est implicitement contenu dans la notion plus large selon laquelle la nationalité rentre dans la compétence nationale de l'État ». La Cour en déduit, à la suite de sa devancière⁴⁸⁷, qu'« [i]l appartient [...] à tout État souverain de régler par sa propre législation l'acquisition de sa nationalité ainsi que de conférer celle-ci par la naturalisation octroyée par ses propres organes conformément à cette législation. Il n'y a pas lieu de déterminer si le droit international apporte quelques limites à la liberté de ses décisions dans ce domaine »⁴⁸⁸. Le principe est également reproduit à l'article 1^{er} de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité⁴⁸⁹, qui, si elle a été signée mais non ratifiée par la France, est parfois considérée comme une codification de règles du droit international coutumier⁴⁹⁰. De manière plus générale, il est permis de considérer, avec François

⁴⁸⁴ Sur cette « double dimension » de la nationalité, voir Paul LAGARDE, *op. cit.*, n° 2.

⁴⁸⁵ Jürgen BASEDOW, « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalités en droit de l'Union européenne », *RCDIP*, 2010, pp. 427-456, spéc. p. 448 ; Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Defrénois, 2008, xiv-436 p., spéc. n° 74, p. 26 ; Jacques MAURY, « Du conflit de nationalités et en particulier du conflit de deux nationalités étrangères devant les autorités et les juridictions françaises », in *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, t. I, LGDJ, 1950, pp. 367-395, spéc. p. 367 : « C'est une règle de droit des gens à peu près unanimement admise, que chaque État a le droit – et a seul le droit – de fixer les conditions d'existence de sa nationalité, de dire quelles personnes seront considérées comme ses nationaux ».

⁴⁸⁶ CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm*, *Rec. CIJ*, 1955, p. 4, spéc. p. 20.

⁴⁸⁷ Le principe avait déjà été affirmé par la Cour permanente de justice internationale dans son avis consultatif n° 4 du 7 février 1923, *Différend entre la France et la Grande-Bretagne au sujet des décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*, *Rec. CPJI, Série B*, n° 4, p. 7, spéc. p. 24 : « dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, de l'avis de la Cour, comprises dans le domaine réservé ».

⁴⁸⁸ CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm*, précité, p. 20.

⁴⁸⁹ *Recueil des traités de la Société des Nations*, 1937, vol. 179, p. 89 : « Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux ».

⁴⁹⁰ François RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. 213, 1989, pp. 9-407, spéc. n° 46, p. 71 ; Michel VERWILGHEN, « Conflits de nationalités. Plurinationalité et apatridie », *RCADI*, vol. 277, 1999, pp. 9-484, spéc. n° 110, p. 124.

Rigaux, que « [t]out ordre juridique définit lui-même les conditions de son propre fonctionnement, parmi lesquelles la désignation de ses sujets est assurément primordiale »⁴⁹¹.

91. D'autre part, l'État étant libre d'user comme il l'entend de cette prérogative, il l'est notamment d'en faire un usage politique et de poursuivre par son intermédiaire « un but préétabli variant au gré de considérations démographiques, économiques ou idéologiques et dépendant de données géographiques, historiques ou sociologiques. Aucun obstacle ne s'élève à l'encontre de l'utilisation de la nationalité comme un instrument politique, c'est-à-dire comme un outil à la disposition de l'État, dont les règles de détermination doivent servir les intérêts variables définis par son gouvernement »⁴⁹². Cette instrumentalisation du lien juridique conduit à envisager la nationalité comme étant également un lien « politique »⁴⁹³. En particulier, la nationalité est un outil au service des politiques migratoire et d'intégration mises en œuvre par l'État⁴⁹⁴, qui sont au cœur des débats sur la loi applicable au statut personnel⁴⁹⁵.

92. Transition. – C'est cette double dimension de la nationalité en droit international public qui semble introduire une confusion sur le sens du rattachement à la nationalité en droit international privé, en particulier en matière de statut personnel.

2. Le rattachement à la nationalité irrémédiablement fondé sur le principe de souveraineté

93. Un lien entre nationalité et rattachement à la nationalité perçu au travers de l'intérêt de l'État. – La mise en œuvre du rattachement à la nationalité n'a, semble-t-il, que peu reflété la simplicité que les termes de l'article 3 § 3 du Code civil laissaient envisager. Critère qui s'est imposé difficilement face au domicile hérité de l'Ancien droit⁴⁹⁶, il a paru

Plus largement, sur l'origine coutumière du principe et sa confirmation en droit international public, voir Michel VERWILGHEN, *op. cit.*, n° 109, p. 122.

⁴⁹¹ François RIGAU, *op. cit.*, n° 47, p. 71.

⁴⁹² Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 157, p. 59. En ce sens, voir aussi Hugues FULCHIRON, « La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité », *Trav. com. fr. DIP*, 1998-2000, pp. 175-1999, spéc. p. 176. Sur le constat des abus de ce droit, voir Charles DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Pedone, 4^{ème} éd., 1970, 450 p., spéc. p. 221, cité par Michel Verwilghen, *op. cit.*, n° 112, p. 127 : « Les législations contemporaines sur l'acquisition et la perte de la nationalité témoignent de la tendance de l'État à s'emparer des individus quand il les juge politiquement utilisables, à les abandonner sans protection aucune dans le cas contraire ».

⁴⁹³ Paul LAGARDE, *op. cit.*, n° 2 ; Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 158, p. 59 et les auteurs cités.

⁴⁹⁴ Sur ce point, voir Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 160-179, pp. 60-67 ; Paul LAGARDE, « La nationalité française rétrécie », *RCDIP*, 1993, pp. 535-563. L'intitulé même d'un article écrit par Géraud de Geouffre de La Pradelle illustre cette idée au sujet de la loi du 22 juillet 1993 : « La réforme du droit de la nationalité ou la mise en forme juridique d'un virage politique » (*Politix*, vol. 8, n° 32, 1995, pp. 154-171). En ce sens, Olivier Lecucq estime que « [r]ien n'est [...] moins neutre que le choix des modes d'accès à la nationalité » : « Propos introductifs. Nationalité et citoyenneté », in *Nationalité et citoyenneté. Perspectives de droit comparé, droit européen et droit international*, Marie-Pierre Lanfranchi, Olivier Lecucq, Dominique Nazet-Allouche (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 13-20, spéc. p. 15.

⁴⁹⁵ Voir *infra*, n°s 130-133.

⁴⁹⁶ Voir *infra*, n°s 119-123.

connaître son demi-siècle de gloire, dans la lumière du principe des nationalités. Mais cette source, politique, et les excès du personnalisme mancinien⁴⁹⁷ ont pesé sur la nationalité qui est encore aujourd'hui perçue, en droit des conflits de lois, comme un facteur principalement, sinon exclusivement, fondé sur le principe de souveraineté, et qui subit à ce titre le reproche d'une inadaptation chronique⁴⁹⁸ au droit des conflits de lois moderne. Aujourd'hui, force est de constater que les liens entre rattachement à la nationalité et statut personnel et familial se sont considérablement affaiblis, au point que l'affirmation sans nuance selon laquelle la loi nationale régit le statut personnel et familial est devenue fausse⁴⁹⁹.

Alors même qu'une double justification lui est désormais reconnue, celle de la certitude servant la prévisibilité et donc l'intérêt des parties, et celle de la permanence⁵⁰⁰, le rattachement donnerait à l'intérêt de l'État, dans la résolution du conflit de lois, une place démesurée au regard de la conception privatiste de la matière qui prévaut actuellement⁵⁰¹. Du simple fait que, sur le plan du droit public, l'attribution de la nationalité relève de l'exercice souverain de la compétence de l'État et que la nationalité définit l'un des éléments constitutifs de l'État, il est déduit, ce qui nous paraît contestable⁵⁰², que le choix du *rattachement* à la nationalité sert, cette fois-ci au niveau du droit privé, l'intérêt de l'État⁵⁰³. Cette critique a été décisive dans le recul du facteur de rattachement, alors même que ses fondements, hybrides, laissent entrevoir la possibilité d'une relecture, à l'aune de considérations essentiellement privatistes.

94. Chez Mancini, critère de la nationalité et vision publiciste universaliste du conflit de lois sont indéniablement liées⁵⁰⁴. C'est un principe de droit international public, le principe des nationalités, qui imposerait de retenir la nationalité en matière de statut personnel, la

⁴⁹⁷ Sur cette doctrine et ses excès, voir *supra*, n^{os} 55-58.

⁴⁹⁸ Voir en ce sens, soulignant que « la catégorie se rattache au principe de souveraineté en raison de la nature du rattachement qui lui est accolé », Étienne PATAUT, *Principe de souveraineté et conflit de juridictions*, *op. cit.*, n^o 62, pp. 41-42. C'est nous qui soulignons.

⁴⁹⁹ En ce sens, voir Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n^o 453, p. 172 ; Bernard AUDIT, Louis D'AVOUT, *op. cit.*, n^o 716, p. 599.

⁵⁰⁰ Voir en ce sens Henri BATIFFOL, « Principes de droit international privé », *RCADI*, vol. 97, 1959, pp. 431-593, spéc. pp. 504-506 ; Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2013, 1170 p., spéc. n^{os} 222-224, pp. 212-213 ; Étienne PATAUT, *op. cit.*, n^o 60-62, pp. 40-42.

⁵⁰¹ En ce sens, voir Étienne PATAUT, *op. cit.*, n^o 46, p. 31.

⁵⁰² Voir *infra*, n^{os} 93-96, 141-145.

⁵⁰³ En ce sens, voir Étienne PATAUT, *op. cit.*, n^o 63, p. 43 : « bien que le mode d'attribution de la nationalité, qui relève du droit public, soit en principe indépendant de son régime en droit international privé, on peut toutefois penser que le choix de la nationalité comme critère de rattachement du statut personnel conduit à considérer que l'intérêt de l'État est impliqué dans le choix de la loi applicable ».

⁵⁰⁴ Voir en ce sens André BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois. Deuxième partie », *RCDIP*, 1950, pp. 11-32, spéc. p. 16 : « Il faut arriver au grand mouvement qui doit son origine à Mancini en 1874 pour trouver exprimée clairement cette idée que la souveraineté continue à régir un individu hors de ses frontières territoriales et que, par conséquent, rien ne s'oppose à une interpénétration des souverainetés. Alors toutes les conditions sont réunies pour que s'impose l'idée moderne que le conflit des lois est un conflit de souverainetés : on ne considère dans la loi que sa source formelle, l'impératif du souverain ; on admet que cet impératif s'adresse avant tout aux personnes et peut les suivre hors du territoire ; on veut une synthèse autour d'une idée claire et l'on peut par cette idée relier la science des conflits au droit des gens ».

compétence personnelle de l'État devant prévaloir. L'on remarque, avec Pierre Mayer, que Pillet rejoint l'auteur italien sur ce point, puisque selon ce dernier, « [l]e devoir de protéger la personne incombe à l'État national et non à l'État domiciliaire. Pour le premier, la personne est un sujet qui lui doit obéissance, mais qui, en retour, peut revendiquer sa protection »⁵⁰⁵. L'idée s'est ainsi imposée selon laquelle la loi nationale tire sa légitimité de l'autorité que l'État exerce sur ses nationaux en matière personnelle⁵⁰⁶ et de la protection qu'il leur assure⁵⁰⁷ : selon cette acception, compétence personnelle de l'État et lien personnel entretenu par un individu avec son État national se confondent. Le rattachement à la nationalité n'est alors envisagé, selon une vision toute publiciste du droit international privé, qu'à l'aune du droit de la nationalité et du lien d'allégeance entre un individu et un État. Cette conception fonde également certaines analyses des considérations qui ont paru inspirer le législateur de 1804 en France. Il est en effet devenu habituel, pour une partie de la doctrine, de souligner que la rédaction de l'article 3 § 3 du Code civil, s'attachant à définir la loi applicable à l'état et à la capacité des seuls Français, révèle la volonté de ses rédacteurs d'affirmer l'autorité de la loi française sur ses nationaux⁵⁰⁸, notion assimilée, de façon discutable, à l'autorité de l'État sur ses sujets. Étienne Pataut livre à cet égard une analyse sans ambages de l'article ; selon lui,

« il s'agit ici pour l'État d'imposer sa compétence législative, d'exiger qu'un Français soit soumis à la loi française, *ceci pour rendre compte de l'existence d'un lien particulièrement intense entre l'État et son national*. Pour l'article 3, il n'est question ni d'harmonie internationale ni d'application quasi-générale de la loi du for, bien au contraire, mais d'affirmation martiale d'une emprise juridique sur un nombre *limité* de situations que l'État n'entend voir régies par d'autres lois. C'est bien la compétence de la loi française qui est seule visée, mais celle-ci est justifiée par une considération forte »⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ Antoine PILLET, *Traité pratique de Droit international privé*, t. I, 1923, p. 523, cité par Pierre Mayer, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, 1985, n° 2, pp. 129-143, spéc. n° 21, pp. 139-140.

⁵⁰⁶ Patrick COURBE, *Essai sur les objectifs temporels des règles de droit international privé*, th. dactyl., Université de Rouen, 1977, Service de reproduction des thèses de l'Université des sciences sociales de Grenoble, 705 p., spéc. n° 296, p. 425 : « l'application de la loi nationale, en matière de statut personnel, se justifie aussi, comme M. Mayer l'a bien montré, par "l'idée d'une nécessaire soumission au législateur national". L'auteur estime, notamment, que le choix de la loi nationale par les rédacteurs du Code civil, fut probablement inspiré par "le sentiment que le législateur impose à ses sujets les comportements qu'ils doivent observer dans les matières qui les concernent personnellement" ». C'est l'auteur qui souligne.

⁵⁰⁷ En ce sens, soulignant cette dialectique entre autorité et protection, voir Michel VERWILGHEN, *op. cit.*, n° 324, pp. 294-295, citant Pierre Louis-Lucas, *La nationalité française*, Sirey, 1929, 343 p., spéc. p. 14 : « la nationalité "confère à l'État envers son national des prérogatives décisives, qui peuvent aller jusqu'à lui demander le sacrifice de sa vie" et "qui confère à l'individu envers sa fratrie des droits aussi forts d'aide et de protection" ».

⁵⁰⁸ Voir notamment Andreas BUCHER, « La famille en droit international privé », *RCADI*, vol. 283, 2000, pp. 1-186, spéc. n° 9, p. 25 ; Paul LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. 196, 1986, pp. 9-238, spéc. n° 53, p. 66.

⁵⁰⁹ Étienne PATAUT, *op. cit.*, n° 69, pp. 46-47. C'est l'auteur qui souligne.

Ainsi, la permanence nécessaire au statut personnel s'entendrait moins de la stabilité de l'état perçue comme une protection de la personne que de « la permanence de l'autorité de l'État sur ses sujets »⁵¹⁰. Il en irait même de la survie de l'État, si l'on en croit les écrits de Bartin. Au sujet de l'application de la loi nationale commune des intéressés en matière familiale, l'auteur renforce la considération de l'intérêt de l'État en en comparant les fondements avec ceux du choix de la loi nationale en matière de capacité. Selon l'auteur, en matière familiale,

« [i]l ne s'agit plus [...] de la détermination des limites qu'il est raisonnable d'imposer, dans son intérêt même, à la volonté de l'individu qui veut se lier envers autrui par une opération juridique, il s'agit d'imposer à l'individu des obligations légales inhérentes à un groupement de personnes, la famille, dans lequel l'État trouve les conditions nécessaires de sa durée et de son existence même. En définissant ces obligations, l'État donne, peut-on dire, une constitution à ce groupement qui assure sa propre vie. – À la protection de la liberté civile de l'individu, qui est le but que se propose l'État en édictant des dispositions légales restrictives de la volonté de ses ressortissants, succède et correspond la protection que l'État se doit à lui-même dans la personne de ceux qui sont nés ou qui naîtront ses nouveaux ressortissants »⁵¹¹.

Une décision *Sciachi*, rendue par le Tribunal civil de la Seine le 17 mars 1948⁵¹², illustre parfaitement cette idée, en retenant, dans une situation dans laquelle, en dehors de la nationalité du mari, tous les éléments sont rattachés à la France, que la loi française est applicable à la question de validité du divorce en tant qu'elle est « prépondérante en l'occurrence en raison de l'intérêt majeur qu'a la France à contrôler souverainement l'opération constitutive d'une famille dont l'une de ses nationales va être partie intégrante et où, d'autre part, il doit être fait souche d'enfants français »⁵¹³. Cette vision a, certes, paru par la suite excessive et inadaptée à un droit international privé qui n'envisage plus les conflits de lois comme des conflits de souverainetés. Mais elle sert toujours d'appui à la démonstration des liens entre nationalité et souveraineté⁵¹⁴.

⁵¹⁰ *Op. cit.*, n° 60, p. 41.

⁵¹¹ Étienne BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Domat-Montchrestien, t. I, 1930, 634 p., spéc. § 75, pp. 187-188. Voir aussi en ce sens Étienne BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Domat-Montchrestien, t. II, 1932, 522 p., spéc. § 228, cité par Étienne Pataut, *op. cit.*, n° 63, p. 42.

⁵¹² *RCDIP*, 1948, p. 112, note J.-P. NIBOYET, cité par Étienne Pataut, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵¹³ C'est nous qui soulignons.

⁵¹⁴ Voir sur ce point Étienne PATAUT, *op. cit.*, n° 63, p. 43.

95. Par ailleurs, la considération de l'intérêt de l'État n'a pas disparu de l'analyse privatiste de la matière, et l'on s'habitue à convoquer à cet égard le doyen Batiffol – selon qui il ne faudrait pas que le passage d'une frontière permette à une loi d'être « tournée »⁵¹⁵ – et d'en faire la principale justification qu'il relève au soutien de la nationalité⁵¹⁶. C'est néanmoins oublier, d'une part, que l'autorité de la loi ne se confond pas avec celle de l'État et correspond à un intérêt *médiat* de l'État⁵¹⁷, et, d'autre part, que Batiffol ne s'est pas contenté de cette justification. Bien plus, il affirme qu'« [o]n ne saurait [...] s'en tenir là et réduire la solution à une pure précaution contre la fraude »⁵¹⁸. Et s'interrogeant sur la raison fondamentale pour laquelle « les lois sur l'état et la capacité appellent seules la permanence dans l'application »⁵¹⁹ de la trouver « dans l'idée qu'une personne ne change pas de nature par cela seul qu'elle franchit une frontière »⁵²⁰. L'auteur fait ainsi glisser le curseur de l'intérêt de l'État et du fondement de souveraineté qui lui est associé à la protection de la personne que ce fondement n'est pas nécessairement de nature à servir. Il s'agirait donc, chez Batiffol, de la permanence de la loi « dont la nécessité s'expliquerait par la nécessaire conjugaison de l'autorité de la loi et de la spécificité du statut personnel »⁵²¹.

96. La spécificité du statut personnel, en particulier son importance du point de vue de la construction de la personne, n'est pas laissée en dehors du champ des critiques formulées contre la nationalité, mais ce sont celles qui concernent le lien entre le critère et l'intérêt de l'État qui

⁵¹⁵ Henri BATIFFOL, « Principes de droit international privé », *op. cit.*, p. 503 ; du même auteur, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, rééd., 2002, 346 p., spéc. n° 125, p. 282.

⁵¹⁶ Voir notamment Étienne PATAUT, *op. cit.*, n° 61, p. 41 : « le choix de la nationalité sera justifié par des considérations de permanence ; le recours au rattachement du domicile sera considéré comme l'un des arguments en faveur de la prévisibilité. La solution avait été présentée il y a quelque temps par Henri Batiffol, qui considérait que le rattachement du statut personnel à la loi nationale se justifiait en premier lieu par la nécessité de respecter l'autorité et l'homogénéité de la loi et donc par l'utilisation d'un rattachement présentant des garanties suffisantes en termes de permanence. La nationalité est présentée comme le seul rattachement pouvant assurer la permanence du statut personnel. Les auteurs sont désormais unanimes sur ce point ».

⁵¹⁷ Dès lors que le droit conflictuel n'est plus conçu comme un droit répartiteur de la compétence des États, ces derniers n'ont plus d'intérêt *immédiat* à la compétence de leur juge ou à l'application de leur droit à un litige privé international. L'État n'est plus un acteur du conflit, mais l'auteur des règles de droit international privé, qui ne sont plus pour lui qu'un moyen parmi d'autres de réglementer les relations privées internationales. En ce sens, voir Vincent HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, *op. cit.*, n° 451, p. 212.

⁵¹⁸ Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵¹⁹ *Ibid.*

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2000, 520 p., spéc. n° 448, p. 376. En ce sens, et pour une comparaison avec le droit allemand, voir aussi Patrick KINSCH, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, vol. 318, 2005, pp. 9-331, spéc. n° 94, p. 129, citant la décision BVerfG, 18 juillet 2006, *BVerfGE*, 116, 24, 261, 265 : « le rattachement à la nationalité qu'opère le droit international privé allemand se justifie par "le respect de l'autonomie des autres ordres juridiques et par la présomption que l'application de sa loi nationale aux affaires ayant trait à son état personnel est conforme aux intérêts de l'étranger parce que, en général, le lien de nationalité reflète un lien personnel permanent avec l'État dont l'intéressé est ressortissant et que sa propre loi nationale lui est la plus familière" ». L'auteur renvoie également à une autre décision : BVerfG, 4 mai 1971, *BVerfGE*, 31, 59, 78 ; *RCDIP*, 1974, p. 57, note C. LABRUSSE.

paraissent déterminantes. Ainsi, selon Étienne Pataut, « [l]a conclusion peut [...] être ferme : si la catégorie "statut personnel" balance entre les principes de souveraineté et de proximité, en raison des différentes exigences susceptibles d'être identifiées, le critère de rattachement lui-même, en revanche, doit être rattaché au seul principe de souveraineté. C'est ce choix qui fait considérer que la loi applicable au statut personnel, en dernière analyse et sous réserve de multiples nuances, doit être analysée comme la mise en œuvre du principe de souveraineté »⁵²². Dans ces conditions, l'affaiblissement de la place de l'État⁵²³ et de ses intérêts en droit international privé devrait nécessairement conduire, selon ses détracteurs, à un recul du rattachement à la nationalité en la matière et à un retour du domicile, dans une acception renouvelée et fondée sur le principe de proximité, quitte à réduire la catégorie du statut personnel⁵²⁴, alors même que l'attention nécessaire ne semble pas avoir été portée sur les autres fondements potentiels du rattachement à la nationalité. Mais les difficultés pratiques posées par les situations de plurinationalité, individuelle ou au sein de la même famille, s'ajoutant à la prédominance alléguée du principe de souveraineté, le recul du critère a paru pleinement justifié.

B. Le recul de la loi nationale en cas de surdétermination ou de défaillance du facteur de rattachement

97. Plan. – Combiné au recul de la place de l'État et de son intérêt en matière conflictuelle, un argument déterminant en défaveur du rattachement à la nationalité en matière de statut personnel tient à la fréquence potentiellement élevée à laquelle peuvent survenir des difficultés à localiser effectivement la situation en ayant recours à ce critère. Que celles-ci se manifestent en raison d'une pluralité de nationalités au sein d'une même famille (1), ou d'un conflit de nationalités concernant une même personne (2), le principe de souveraineté a été particulièrement mobilisé pour sélectionner la loi nationale à appliquer. Pourtant, il se révèle

⁵²² Étienne PATAUT, *op. cit.*, n° 64, p. 43.

⁵²³ Sur ce point, voir Johanna GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.* ; Étienne PATAUT, *La nationalité en déclin*, *op. cit.* Pour un constat de ce phénomène en droit belge, voir Silvia PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen : de l'émergence d'un droit fondamental à l'élaboration d'une méthode européenne de la reconnaissance*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 714 p., spéc. note 2, p. 19, citant la proposition de loi portant le Code de droit international privé, Doc. parl., Sénat, S.E. 2003, n° 3-27/1, p. 6 : « Si ce facteur de rattachement est aujourd'hui largement abandonné en droit international privé belge, c'est notamment parce que, en raison de l'évolution du droit de la nationalité, la loi nationale "ne garantit plus la permanence de l'état des personnes" ».

⁵²⁴ Henri BATIFFOL, « Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe continentale », *op. cit.*, p. 219 : « Si la conviction de la supériorité de la loi nationale a faibli entre les deux guerres, il n'est pas surprenant que la notion de statut personnel tende à se restreindre : sa soumission à la loi nationale exprime une notion "forte" de ce statut ; le domicile est un rattachement moins stable, plus difficile à déterminer : si on l'adopte, c'est qu'on tient moins à la stabilité d'un certain groupe de matières, et si on y tient moins, il est naturel de réduire ce groupe ».

incapable d'apporter une solution au problème dans le premier cas, et constitue à la fois la source et un facteur aggravant du conflit dans le second.

1. La multiplicité des nationalités au sein d'une même famille

98. Effet de l'égalité des époux sur le rattachement à la nationalité. – À partir du début du XX^{ème} siècle, le droit reflétant progressivement les évolutions sociales, de plus en plus de législations abandonnent l'attribution automatique de la nationalité du mari à sa femme au moment du mariage, souvent corrélée à la perte de sa première nationalité par l'épouse. En France, c'est l'œuvre de la loi sur la nationalité du 10 août 1927⁵²⁵. Désormais, chaque époux peut conserver sa nationalité, rompant ainsi l'unité de nationalité au sein du couple, et donc plus fréquemment celle qui existait au sein d'une même famille, les deux parents pouvant, en général, transmettre *jure sanguinis* leur nationalité à leurs enfants. Le phénomène rejoint au surplus l'essor du *jus soli*⁵²⁶, les enfants pouvant ainsi se voir attribuer une nationalité tierce, différente de celles de leurs parents. Dès lors, en cas d'absence de nationalité commune, il a fallu déterminer quelle loi appliquer en matière d'effets du mariage⁵²⁷, deux personnes étant nécessairement concernées⁵²⁸.

99. Une solution forgée laborieusement en matière de divorce. – C'est le divorce entre époux de nationalité différente qui a principalement occupé les juridictions françaises. La jurisprudence s'est faite indécise, laissant la doctrine, dans un grand désarroi, se forger des opinions plurielles, au point que Batiffol a constaté que, à la veille de l'arrêt *Rivière*⁵²⁹, le « problème [...] paraissait dans une complète impasse »⁵³⁰. Les divergences se sont cristallisées autour de deux possibilités. La première consiste à appliquer distributivement les lois nationales de chaque époux. Une partie non négligeable de la doctrine y est à l'origine favorable, cette solution paraissant de nature à respecter la lettre de l'article 3 § 3 du Code civil. La

⁵²⁵ Sur cette solution en droit comparé, voir Andreas BUCHER, *op. cit.*, n° 19-20, pp. 43-44.

⁵²⁶ Bertrand ANCEL, Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006, n° 26, pp. 232-244, spéc. n° 6, p. 237.

⁵²⁷ Le divorce et la filiation légitime en seront exclus par intervention du législateur, respectivement en 1972 et en 1975. Sur ces réformes, voir *supra*, n° 70, et *infra*, n° 132.

⁵²⁸ Yves Lequette (« Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, vol. 246, 1994, pp. 1-233, spéc. n° 100, p. 103) affirme que le problème s'est posé avec une acuité particulière en France, l'article 3 § 3 du Code civil prévoyant l'application de la loi nationale de manière générale et sans indiquer de solution lorsque la question se pose en matière familiale et que les intéressés sont de nationalité différente. Cependant, les législations étrangères qui préoyaient l'application de la loi nationale d'un des membres de la famille en particulier ont aussi par la suite rencontré des difficultés liées au caractère discriminatoire de la solution et ont finalement été confrontées à la même question. En particulier, la Cour constitutionnelle allemande (BVerfG, 22 février 1983, *BVerfGE*, 63, 191 ; *IPRax*, 1983, p. 223 ; BVerfG, 8 janvier 1985, *BVerfGE*, 69, 384) et la Cour de cassation italienne (Cass., 5 mars 1987, *RDIPP*, 1987, p. 297 ; *RCDIP*, 1987, p. 563) ont fini par considérer discriminatoire le rattachement à la loi nationale du mari et par affronter le problème de la loi applicable en matière familiale en cas de plurinationalité.

⁵²⁹ Civ., 17 avril 1953, *Rivière*, précité.

⁵³⁰ H. BATIFFOL, note sous Civ., 17 avril 1953, *Rivière*, *RCDIP*, 1953, p. 414.

configuration des litiges qui se sont d'abord présentés devant la Cour de cassation a semble-t-il, favorisé l'adoption d'une telle solution. Les débats ont en effet d'abord porté sur la loi applicable au divorce à l'occasion d'instances judiciaires qui opposaient un Français ou une Française à son époux étranger. Dans ce contexte, il semble que la loi française ait pu bénéficier un temps, en tant que loi nationale de l'un des époux, du fort retentissement, en doctrine et en jurisprudence⁵³¹, de la « solution *politique* »⁵³² préconisée par Niboyet, à une époque volontiers ouverte à considérer le principe de souveraineté comme fondement du choix du rattachement en matière personnelle et familiale. L'iniquité à laquelle cette conception a abouti a finalement conduit la Cour de cassation à l'abandonner, sans égard pour l'éventuelle nationalité française de l'une des parties. C'est en définitive la seconde possibilité, qui privilégie la détermination d'une loi du lien, commune au groupe familial et donc aux deux époux, qui a fini par l'emporter.

100. Arrêt *Ferrari*. – La première solution a fait l'objet de décisions contradictoires à la suite de l'*imbroglio* provoqué par l'arrêt *Ferrari*⁵³³. Dans cette affaire, une femme réintégrée dans la nationalité française, qu'elle avait perdue du fait de son mariage au profit de la nationalité italienne de son mari, demande la conversion de la séparation de corps, homologuée en Italie, en divorce. À cette époque, le droit italien prohibe ce mode de dissolution du mariage. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir constaté que les conditions de cette conversion n'étaient en l'espèce pas réunies *en vertu du droit français* ; la Cour affirme en effet que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent le Français qui recouvre cette qualité après l'avoir perdue, d'où il suit que [l'épouse...] devait être admise à demander la conversion de la séparation de corps en divorce » et qu'« elle ne pouvait exercer ce droit qu'en se conformant aux règles édictées par la loi française, laquelle régissait désormais son statut personnel ». La concision de la formule ne permet alors pas de déterminer le sens exact de la solution, et les juridictions qui, nombreuses, en ont fait application par la suite, se sont divisées. Certaines ont considéré que la loi française devait être appliquée dès lors qu'une partie était française, d'autres que les lois nationales des époux devaient être appliquées de façon distributive⁵³⁴. Pour paraphraser le doyen Batiffol, c'est ici l'injuste qui se mesure à l'absurde⁵³⁵ : injuste, la première solution, unilatérale, l'est, qui se fonde sur des considérations

⁵³¹ Pierre LOUIS-LUCAS, « Territorialisme et nationalisme dans l'œuvre de J.-P. Niboyet », *Trav. com. fr. DIP*, 1955, pp. 11-42, spéc. pp. 28-29.

⁵³² Jean-Paulin NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. V, Sirey, 1947, 655 p., spéc. n° 1514, p. 439 et n° 1524, p. 480.

⁵³³ Civ., 6 juillet 1922, *Ferrari*, précité.

⁵³⁴ En ce sens, voir H. BATIFFOL, note sous Civ., 17 avril 1953, *Rivière*, précitée, p. 418 ; Pierre LOUIS-LUCAS, « Le développement de la compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois », in *Le droit français au milieu du XX^{ème} siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t. I, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1950, pp. 271-303.

⁵³⁵ H. BATIFFOL, note sous Civ., 17 avril 1953, *Rivière*, précitée, p. 419.

nationalistes, mêlant la souveraineté de l'État, sans que cela soit justifié⁵³⁶, à une situation qui peut n'être rattachée à la France que par la nationalité de l'un des époux⁵³⁷. Absurde, la condition, à laquelle conduit la seconde, d'un « homme marié sans femme relève de la comédie »⁵³⁸ ; car l'application distributive des lois nationales des époux oblige chacun d'eux à fonder ses prétentions et à se voir appliquer sa seule loi nationale. Partant, dans un cas tel que celui de l'arrêt *Ferrari*, l'époux dont la loi nationale est prohibitive « ne peut demander le divorce, et s'il est prononcé, il ne l'est qu'à l'égard de [l'autre époux] »⁵³⁹ ; le premier ne peut se remarier.

Les deux termes de l'alternative étant particulièrement insatisfaisants, la jurisprudence n'est pas immédiatement parvenue à mettre un terme aux hésitations résultant de l'arrêt *Ferrari*. Certains auteurs ont même perçu une voie tierce ; ainsi Makarov affirme-t-il que « [c]et arrêt de la Cour de cassation ayant été suivi de quatre autres partant de la même base, l'on admet que la jurisprudence française ait définitivement adopté le principe de l'application au divorce de la loi nationale de l'époux demandeur à la date de l'instance »⁵⁴⁰ et qu'une partie de la doctrine française, d'abord hostile à la solution, s'y est ralliée. Une telle interprétation orchestre une course au tribunal entre les époux ; l'insécurité juridique qu'elle provoque, en faisant varier la loi applicable au litige en fonction de l'identité de l'époux qui, le premier, aura saisi les juridictions françaises, est évidente et inadmissible, *a fortiori* dans une matière dans laquelle le besoin de stabilité et de prévisibilité est crucial.

101. Arrêt *Rivière*. – La Cour de cassation met un terme à ces débats en rejetant, trois décennies plus tard, dans son arrêt *Rivière*⁵⁴¹ la solution précédemment adoptée. En l'espèce,

⁵³⁶ *Op. cit.*, p. 418 : « La compétence de la loi française dès qu'une partie est française n'est pas une de ces solutions suffisamment justifiées en elles-mêmes pour qu'on se résigne si facilement aux complications internationales qu'elle emporte ; elle a un caractère unilatéral qui heurte le sentiment de la justice, elle est la négation ouverte du souci de cohérence dans le règlement des relations privées internationales au nom, il faut bien le dire, d'un nationalisme qui se trompe d'objet. Ni la souveraineté de la France ni les intérêts politiques français ne sont proprement en cause dans la modeste histoire du divorce des époux Petrov ».

⁵³⁷ En ce sens, voir, au sujet de l'application d'une telle solution à la situation des époux Petrov-Rivière, H. BATIFFOL, *op. cit.*, *loc. cit.* : « La Cour de Rabat avait relevé, intentionnellement à coup sûr, dans son arrêt, que le premier mari de la dame Rivière, le sieur Petrov, s'était remarié en Argentine avec une Russe. Méconnaître le jugement de divorce équatorien parce que, concernant une Française, il aurait dû, de ce seul fait, appliquer la loi française aux deux époux, entachait de bigamie deux nouveaux liens alors que la loi française n'était en cause que pour une personne – sur quatre si le second mari de la principale intéressée avait été étranger. Comme il n'y a aucune chance de voir une pareille solution admise à l'étranger, on organise ainsi méthodiquement ces bigamies migratoires qui rendent la vie impraticable à leurs victimes si celles-ci ont des intérêts dans différents pays ».

⁵³⁸ *Ibid.* À cet égard, dans une situation similaire à celle de l'arrêt *Ferrari*, le Tribunal de Seine a relevé dans le jugement précité rendu dans l'affaire *Sciachi* que « lorsque le mariage contracté en France par un étranger, dont la loi nationale ne connaît pas le divorce, et notamment (comme dans l'espèce) par un Italien est, néanmoins, à la demande de la femme, restée ou redevenue française, rompu par un divorce prononcé par une juridiction française (conformément à une jurisprudence aujourd'hui constante) cette dissolution du lien matrimonial se produit, pour la loi française, de façon nécessairement indivisible à l'égard des deux époux ». C'est nous qui soulignons.

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ Alexandre MAKAROV, « La nationalité de la femme mariée », *RCADI*, vol. 60, 1937, pp. 111-241, spéc. p. 224. C'est nous qui soulignons.

⁵⁴¹ Civ., 17 avril 1953, *Rivière*, précité.

une femme russe devenue française, Mme Roumiantzeff, épouse en France un Russe, M. Petrov. Les époux s'installent ensuite en Équateur où ils divorcent par consentement mutuel, le tribunal de Quito ayant fait application de la loi équatorienne. Chacun des ex-époux se remarie par la suite ; en particulier, Mme Roumiantzeff convole en secondes noces avec un Français au Maroc. Souhaitant que cette seconde union soit dissoute, l'épouse saisit le Tribunal de Casablanca d'une demande en divorce. Son mari oppose alors la nullité du mariage, arguant que la première union de son épouse n'avait pas été valablement dissoute, étant donné que les juridictions françaises ne pouvaient reconnaître le jugement équatorien de divorce par consentement mutuel. Cette question d'effet des jugements étrangers en France a été l'occasion pour les juridictions françaises de se prononcer sur la loi applicable au divorce d'époux de nationalité différente, étant donné qu'à cette époque, la reconnaissance définitive d'un jugement étranger d'état est subordonnée au contrôle de la loi appliquée par le juge étranger⁵⁴². La décision était d'autant plus attendue que l'un des époux entre lesquels le divorce a été prononcé était français. La Cour d'appel de Rabat a jugé que le divorce par consentement mutuel prononcé à Quito l'avait été régulièrement, conformément à « la loi du mari (russe ou équatorienne), celle du domicile commun (Équateur), celle de la *lex fori* (Équateur) », ne tranchant dès lors pas la question de la loi applicable. La Cour de cassation se prononce sans équivoque en faveur d'une loi du lien et, « proposition révolutionnaire »⁵⁴³ selon l'avocat général Gavalda, écarte expressément l'application automatique de la loi française dès lors qu'une partie est française, en affirmant « que le seul fait de la nationalité française de la femme ne suffit pas à rendre dans tous les cas où l'état de cette dernière est en cause, la loi française obligatoirement compétente ».

Restait finalement à définir cette loi du lien. À cet égard, une ligne de fracture divise la doctrine d'alors⁵⁴⁴, entre les partisans de la loi nationale du mari, en tant que chef de famille⁵⁴⁵, et ceux de la loi du domicile des époux, critère appelé pour pallier la défaillance du rattachement à la nationalité⁵⁴⁶. À nouveau, la première branche de l'alternative a paru être dictée par la règle

⁵⁴² L'abandon du contrôle de la loi appliquée résulte de l'arrêt Civ. 1, 20 février 2007, *Cornelissen, D.*, 2007, p. 1115, note L. D'AVOUT, S. BOLLÉE ; *RCDIP*, 2007, p. 420, note B. ANCEL, H. MUIR WATT.

⁵⁴³ André GAVALDA, « Remarques sur l'arrêt *Rivière* », *Trav. com. fr. DIP*, 1951-1954, pp. 115-148, spéc. p. 125.

⁵⁴⁴ Voir sur ce point le commentaire précité de l'arrêt *Rivière* : *GADIP*, n° 4, spéc. p. 235.

⁵⁴⁵ En présence d'époux de nationalités étrangères, la possibilité de retenir la nationalité de l'épouse, si elle a pu être envisagée, n'a pas emporté l'adhésion, en raison de la faiblesse plus générale du statut juridique de la femme mariée, à cette époque dans la dépendance de celui de son mari. L'application de la loi nationale de l'épouse n'a ainsi été défendue que lorsque cette épouse était de nationalité française. Sur les pays ayant retenu l'application de la loi nationale du mari, voir Andreas BUCHER, *op. cit.*, n° 21, pp. 44-45.

⁵⁴⁶ Une troisième solution a été suggérée, mais qui semble avoir été très minoritaire en doctrine : appliquer la loi territoriale. Sur ce point, voir Pierre LOUIS-LUCAS, « Le problème de la loi applicable à l'état et à la capacité des personnes », *Trav. com. fr. DIP*, 1946-1948, pp. 95-128, spéc. p. 102. En matière de mariage, l'auteur prône l'application de la loi du lieu de célébration du mariage, à laquelle seraient soumis les effets du mariage et, de manière générale, la famille légitime.

générale de l'article 3 § 3 en matière de statut personnel. La Cour de cassation semble clore le débat en faveur de la loi du domicile commun des époux. Cependant, elle instille le doute dans les esprits, en constatant que cette loi « se trouvait, *au surplus*, être identique à la loi personnelle du mari et à la loi du for »⁵⁴⁷, laissant envisager à certains la nécessité d'une coïncidence de ces critères. L'arrêt *Lewandowski*⁵⁴⁸, deux ans plus tard, dissipe les doutes persistants en ne faisant référence qu'à la loi du domicile commun des époux, à l'occasion d'une question de conflit de lois posée dans le cadre d'une instance directe.

102. Arrêt *Corcos*. – Les auteurs souhaitant conserver le champ le plus étendu possible à la loi nationale ne se sont cependant pas contentés de cette solution et ont proposé de préserver la compétence de cette loi lorsque les deux lois nationales étrangères sont prohibitives et donc concordantes⁵⁴⁹. L'exemple d'un couple italo-espagnol domicilié en France a souvent été invoqué⁵⁵⁰ pour illustrer l'ineptie à laquelle conduirait, selon eux, l'application de la loi française du domicile commun en cas de divorce. À l'image de Berthold Goldman, ils s'interrogent : « pourquoi admettre [...] qu'un Italien et une Espagnole, ayant leur domicile commun en France, peuvent y obtenir le divorce, alors que le même droit serait refusé à des époux tous deux italiens, ou tous deux espagnols ? La différence entre ces deux hypothèses nous semble plus formelle que réelle : dans un cas, une seule loi nationale, dans l'autre, deux lois, mais *identiques* sur la question litigieuse ; si l'*identité substantielle* ne suffit pas à écarter la loi du domicile, l'unité *formelle* ne devrait pas y aboutir davantage »⁵⁵¹.

Pourtant, si deux lois prohibitives peuvent concorder sur le principe de la prohibition voire sur ses causes, les difficultés ne manqueront probablement pas de surgir dès lors que le détail des conditions sera examiné : nécessité d'une séparation préalable et durée de cette séparation, termes de la convention de divorce par consentement mutuel, effets du divorce sur les époux et les enfants, etc. Plus fondamentalement, une telle proposition reviendrait sur un apport majeur de l'arrêt *Rivière*, celui de la définition d'une loi du lien. Cette solution a donc été définitivement écartée par une formule sans équivoque de l'arrêt *Corcos*, rendu par la Cour de cassation le 22 février 1961⁵⁵² : « le divorce d'époux de nationalités différentes est, *quelles*

⁵⁴⁷ C'est nous qui soulignons.

⁵⁴⁸ Civ., 15 mars 1955, *Lewandowski*, précité.

⁵⁴⁹ B. GOLDMAN, note sous les arrêts Civ. 1, 22 février 1961, *Corcos*, Civ. 1, 15 mai 1961, *Tarwid*, Civ. 1, 15 mai 1961, *Ortiz*, *JDI*, 1961, p. 734, spéc. p. 742 : la raison en est que « par hypothèse, il n'y aura, dans ce cas, ni danger d'*imbroglio*, ni méconnaissance de la loi française du domicile d'un ménage franco-étranger ». Voir sur la proposition de faire de la loi du domicile commun une compétence subsidiaire en cas de discordance des nationalités différentes des époux : Comité français de droit international privé, *La codification du droit international privé. Discussion de l'avant-projet de la Commission de réforme du Code civil (20-21 mai 1955)*, Dalloz, 1956, 308 p.

⁵⁵⁰ B. GOLDMAN, note sous Civ. 1, 22 février 1961, *Corcos*, Civ. 1, 15 mai 1961, *Tarwid*, Civ. 1, 15 mai 1961, *Ortiz*, précitée, pp. 742-744 et les auteurs cités p. 742.

⁵⁵¹ *Ibid.*, et les auteurs cités p. 744.

⁵⁵² Civ. 1, 22 février 1961, *Corcos*, note B. GOLDMAN précitée.

que soient les dispositions des lois régissant leurs statuts personnels respectifs, soumis à la seule loi de leur domicile effectif commun »⁵⁵³. Cette réponse de la Cour est d'autant plus remarquable que le pourvoi reprochait aux juges du fond d'avoir constaté que si l'épouse était de nationalité espagnole, il était seulement indubitable que l'époux demandeur ne l'était pas, mais de s'être abstenus de déterminer la nationalité de ce dernier et ainsi de ne pas avoir vérifié si les deux lois nationales en cause n'étaient pas prohibitives. La Cour de cassation signifie très clairement l'indifférence de la détermination de la règle de conflit de lois au contenu des lois nationales des époux.

103. Limites. – À l'issue de cette saga jurisprudentielle, la loi nationale accuse donc un recul important en matière de statut personnel, ce d'autant que les arrêts *Tarwid* et *Ortiz*⁵⁵⁴ rendus quelques mois après l'arrêt *Corcos*, renforcent la place du domicile commun en matière de statut personnel, l'un en adoptant une définition souple⁵⁵⁵, l'autre en affirmant le caractère impératif de la règle de l'arrêt *Rivière*. Par ailleurs, celle-ci porterait « en germe [de] nouvelle[s] conquête[s] de la loi du domicile »⁵⁵⁶. Certains auteurs ont en effet considéré que ce dernier arrêt ne pouvait être compris que comme retranchant le groupe familial du domaine de l'article 3 § 3 du Code civil⁵⁵⁷ : l'application de la loi du domicile commun à un couple dont les lois nationales étrangères sont concordantes obligerait à « reconnaître à la loi du domicile commun un titre propre à régir les effets du mariage, ou sa dissolution, – *indépendant des difficultés logiques ou des inconvénients pratiques de l'application des lois nationales et indépendant même de la nécessité de soumettre le groupe familial à une loi unique*, car la concordance des deux lois nationales en fait bien, substantiellement sinon formellement, une règle de droit unique »⁵⁵⁸. Selon Berthold Goldman, le « domicile commun, désormais pleinement consacr[é] comme facteur de rattachement "principal" du statut personnel »⁵⁵⁹, devrait dès lors déterminer la loi applicable au groupe familial, quelles que soient les nationalités respectives des époux⁵⁶⁰ : cela devrait être le cas non seulement lorsque les époux

⁵⁵³ C'est nous qui soulignons.

⁵⁵⁴ Civ., 15 mai 1961, *Tarwid* et Civ. 15 mai 1961, *Ortiz*, précités.

⁵⁵⁵ Sur ce point, voir *infra*, n° 151. L'arrêt *Tarwid* prévoit également que la loi du for s'applique en cas de défaut de domicile commun.

⁵⁵⁶ B. GOLDMAN, note sous Civ. 1, 22 février 1961, *Corcos*, Civ. 1, 15 mai 1961, *Tarwid*, Civ. 1, 15 mai 1961, *Ortiz*, précitée, p. 744, se référant, pour le cas d'une famille française domiciliée à l'étranger, à P. LOUIS-LUCAS, note sous Civ. 1, 17 juin 1958, *Figué*, *JCP*, 1958, II, 10761. Voir aussi les notes sous le même arrêt : *D.*, 1959, p. 65, note Ph. MALAURIE ; *RCDIP*, 1958, p. 736, note Ph. FRANCESCAKIS ; *Clunet*, 1959, p. 1114, note B. GOLDMAN.

⁵⁵⁷ B. GOLDMAN, note sous les arrêts *Corcos*, *Tarwid* et *Ortiz*, précitée, *loc. cit.*

⁵⁵⁸ B. GOLDMAN, note précitée, p. 742. C'est l'auteur qui souligne.

⁵⁵⁹ *Op. cit.*, p. 744.

⁵⁶⁰ *Ibid.*

ont des nationalités étrangères différentes, mais aussi lorsque les époux ont une nationalité étrangère commune, et également lorsqu'il s'agit de deux Français domiciliés à l'étranger⁵⁶¹.

Pour les raisons qui ont déjà été exposées⁵⁶², nous nous rallions à l'opinion du doyen Batiffol qui perçoit l'application de deux lois nationales différentes concordantes comme un système « intenable »⁵⁶³. Ceci nous conduit donc à considérer que la solution *Rivière* constitue effectivement, dans tous les cas de dualité de nationalité au sein d'un couple, une substitution du domicile en raison d'une *défaillance du rattachement* à la nationalité et s'inscrit ainsi *dans le cadre de l'article 3 § 3 du Code civil*. La conception proposée par Berthold Goldman ne nous paraît donc pas convaincante sur ce point. En revanche, nous rejoignons l'auteur lorsqu'il observe « que les arrêts *Corcos* et *Tarwid* s'insèrent parfaitement dans le courant général qui menace, sinon théoriquement le statut personnel comme *domaine* autonome d'application d'une règle conflit, du moins son rattachement à la loi nationale »⁵⁶⁴. Un tel constat s'impose d'autant plus que d'autres solutions pourraient être envisagées qui ménageraient le champ d'application de la loi nationale, solutions qui, au moins pour un temps⁵⁶⁵, ont pu être mises en œuvre dans certaines législations étrangères⁵⁶⁶. C'est notamment le cas de l'échelle de Kegel⁵⁶⁷, qui, à défaut de loi nationale commune, commande de retenir la dernière loi nationale commune, à condition que l'un des époux la possède encore. La loi du domicile commun a cependant d'autant plus facilement triomphé que le principe de souveraineté n'impose plus le rattachement à la nationalité avec autant de force qu'auparavant.

⁵⁶¹ *Ibid.* L'auteur n'est pas favorable à la substitution du domicile à la nationalité. Il présente cependant cette extension comme une conséquence logique du principe dégagé par l'arrêt *Rivière*. L'idée avait également été défendue par Pierre Louis-Lucas, dans sa note sous Civ. 1, 17 juin 1958, *JCP*, 1958, II, 10761.

⁵⁶² Voir *supra*, n° 102.

⁵⁶³ H. BATIFFOL, note sous Civ. 1, 22 février 1961, *Corcos*, *RCDIP*, 1961, p. 382, spéc. p. 384.

⁵⁶⁴ B. GOLDMAN, note sous Civ. 1, 22 février 1961, *Corcos*, Civ. 1, 15 mai 1961, *Tarwid*, Civ. 1, 15 mai 1961, *Ortiz*, précitée, p. 748.

⁵⁶⁵ Sur l'adoption progressive de la solution issue de l'arrêt *Rivière* en droit comparé, voir Andreas BUCHER, « La famille en droit international privé », *op. cit.*, n° 20, p. 43 ; Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *RCADI*, vol. 287, 2000, pp. 1-426, spéc. n° 167-168, p. 230.

⁵⁶⁶ Sur le constat que certains États « comme l'Italie, l'Allemagne, la Pologne, étendent au maximum l'empire de la loi personnelle sous la figure de la loi nationale », voir René CASSIN, « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois », *RCADI*, vol. 34, 1930, pp. 655-809, spéc. n° 22, p. 696.

⁵⁶⁷ Sur cette notion, voir Paul LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *op. cit.*, n° 82, pp. 90-91.

2. Les difficultés posées par les conflits de nationalités

104. Plan. – Chaque État déterminant souverainement les personnes auxquelles il accepte de conférer sa nationalité, sans égards pour les autres États⁵⁶⁸ ou pour le droit international⁵⁶⁹, et « l'effet multiplicateur des générations »⁵⁷⁰ aidant, les conflits de nationalités⁵⁷¹ se sont multipliés. Certains concernent des personnes auxquelles plusieurs États ont accordé leur nationalité⁵⁷² : il s'agit des conflits positifs de nationalités (a). D'autres, celles qui, apatrides, ne sont ressortissantes d'aucun État, faisant ainsi l'objet d'un conflit négatif (b). À l'égard de ces deux types de conflits, la détermination souveraine de la nationalité se présente à la fois comme une cause et un facteur compliquant leur résolution⁵⁷³.

a. Les conflits positifs de nationalités

105. Plan. – D'abord mal perçus en doctrine, en tant qu'expression d'un conflit de loyautés⁵⁷⁴, les conflits positifs de nationalités semblent désormais être admis par les États, comme le laisse apercevoir le manque de mesures prises pour lutter contre leur apparition. Les législations nationales sont édictées de telle sorte que ces conflits peuvent être originels et résulter soit, *jure sanguinis*, de la transmission par chaque parent de sa nationalité propre à son enfant, soit d'une combinaison entre la transmission par des parents de nationalité commune ou différente et l'attribution, *jure soli*, de la nationalité de l'État sur le territoire duquel est né l'enfant. Ils peuvent également être plus tardifs et résulter de l'acquisition de la nationalité du pays d'accueil⁵⁷⁵. Si, comme nous le verrons, cette distinction liée au moment de l'apparition

⁵⁶⁸ Ceci ne pose *a priori* pas de difficulté. Voir sur ce point François RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé », *op. cit.*, n° 47, pp. 71-72 : « L'essence non territoriale de la nationalité laisse à l'État un pouvoir d'appréciation assez large pour l'attribution de sa nationalité : alors que l'extension de son domaine territorial ne peut se faire qu'aux dépens de l'État limitrophe et que, sauf le cas exceptionnel d'un exercice conjoint de la souveraineté, les prétentions concurrentes sont incompatibles, rien ne s'oppose à ce que la même personne ait simultanément plusieurs nationalités ».

⁵⁶⁹ En ce sens, voir Marc ANCEL, « Les conflits de nationalités. Contribution à la recherche d'une solution rationnelle des cas de multi-nationalité. Rapport présenté au Congrès international de droit comparé (La Haye, 1937) », *JDI*, 1937, pp. 19-40, spéc. p. 20 ; Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, *op. cit.*, n° 127, p. 45 ; Hans KELSEN, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *op. cit.*, p. 246 ; François RIGAUX, *op. cit.*, n° 52, p. 75 : « Loin d'être une anomalie, pareils conflits sont une conséquence nécessaire de l'autonomie des divers ordres juridiques ».

⁵⁷⁰ Andreas BUCHER, *op. cit.*, n° 15, p. 33.

⁵⁷¹ Pour une étude générale de la notion, voir Pierre LOUIS-LUCAS, « Les conflits de nationalités », *RCADI*, *op. cit.* ; Michel VERWILGHEN, « Conflits de nationalités : plurinationalité et apatridie », *op. cit.* Sur la double nationalité, voir Federico DE CASTRO, « La nationalité, la double nationalité, la supra-nationalité », *RCADI*, vol. 102, 1961, pp. 515-634.

⁵⁷² Sur ce point, voir Michel VERWILGHEN, *op. cit.*, n° 170, pp. 177-178.

⁵⁷³ Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 127-128, p. 45.

⁵⁷⁴ Marc ANCEL, *op. cit.*, p. 21 ; Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 194-202, pp. 71-74 ; Michel VERWILGHEN, *op. cit.*, n° 341-343, pp. 309-311. Voir, évoquant en termes imagés, au sujet de la double nationalité, « le mur de préjugés qui la repousse, les yeux fermés, comme un défaut ou une maladie que l'on doit éviter et supprimer dans les relations internationales », Federico DE CASTRO, *op. cit.*, p. 588.

⁵⁷⁵ Paul LAGARDE, « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos notamment de l'arrêt Dujaque de la Première chambre civile du 22 juillet 1897) », *RCDIP*, 1988, pp. 31-54, spéc. pp. 31-32 ;

du conflit n'a pas toujours été étrangère aux principes de solution proposés pour les résoudre⁵⁷⁶, c'est une autre classification, contestée, qui dicte aujourd'hui le traitement des conflits positifs de nationalités. La différence entre les conflits de nationalités étrangères, n'impliquant pas la nationalité de l'État du for, et les conflits de nationalités impliquant celle de l'État du for est en effet largement reconnue⁵⁷⁷ et s'explique par le poids de la volonté de préserver la souveraineté de l'État du for lorsqu'elle est directement concernée⁵⁷⁸. Il a ainsi semblé, pendant longtemps que l'identité des États en cause devait faire varier l'intensité du jeu du principe de souveraineté qui, dans le second cas imposerait une solution, celle de la primauté de la nationalité du for (i), et qui, dans le premier, placerait l'autorité de l'État tiers dans une situation inextricable, conduisant aux hésitations doctrinales et jurisprudentielles qui ont affecté les solutions depuis le début du XX^{ème} siècle (ii).

i. Les conflits de nationalités impliquant la nationalité de l'État du for

106. Primauté de la nationalité du for. – La solution des conflits de nationalités impliquant celle de l'État du for paraît si évidente du point de vue du principe de souveraineté des États que plusieurs auteurs ont considéré qu'en réalité, il n'y a pas de conflit dans une telle situation⁵⁷⁹ : « le vieux principe de la souveraineté étatique s'affirme avec intransigeance »⁵⁸⁰ et l'autorité saisie de la question « doit [...] faire prévaloir la loi de l'État dont [elle] dépend »⁵⁸¹. Cette solution a pu être qualifiée d'« universelle »⁵⁸² et semble s'être imposée dans les droits positifs nationaux et en droit international conventionnel. L'article 3 de la Convention de La Haye de 1930 affirme ainsi très directement qu'« [u]n individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré par chacun des États dont il a la nationalité comme son ressortissant », principe que la Cour de cassation a fait sien dans l'arrêt *Kasapyan*⁵⁸³ : dans le cas d'un divorce entre un époux turc et sa femme, une Française ayant acquis la nationalité turque sans perdre sa nationalité d'origine, la Cour a approuvé les juges du fond, dans le cadre

Victor LOISEAU, *Du domicile comme principe de compétence législative dans la doctrine et la jurisprudence françaises depuis le Code civil*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1893, pp. 91-380, spéc. pp. 155-156 ; Michel VERWILGHEN, *op. cit.*, n^{os} 259-274, pp. 245-256.

⁵⁷⁶ Sur la prise en compte temporelle de l'attribution et de l'acquisition d'une nationalité pour trancher le conflit de nationalités, voir *infra*, n^o 112.

⁵⁷⁷ Marc ANCEL, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁷⁸ En ce sens, voir Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n^o 139, p. 48.

⁵⁷⁹ Marc ANCEL, *op. cit.*, *loc. cit.* ; François RIGAUX, *op. cit.*, n^o 52, pp. 76-77.

⁵⁸⁰ Marc ANCEL, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁸¹ Jacques MAURY, « Du conflit de nationalités et en particulier du conflit de deux nationalités étrangères devant les autorités et les juridictions françaises », in *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, *op. cit.*, p. 368. C'est nous qui soulignons.

⁵⁸² Marc ANCEL, *op. cit.*, *loc. cit.* Elle a par ailleurs longtemps été approuvée par la doctrine majoritaire. Voir en ce sens Jacques MAURY, *op. cit.*, *loc. cit.*, et les auteurs cités.

⁵⁸³ Civ. 1, 17 juin 1968, *Kasapyan*, *Bull. civ.*, n^o 175, p. 133 ; *RCDIP*, 1969, p. 59, note H. BATIFFOL ; *GADIP*, n^o 46.

de leur mise en œuvre de la « solution *Rivière* », d'avoir considéré que les époux ne disposaient pas d'une nationalité commune, en affirmant que la « nationalité [française] seule pouv[ait] être prise en compte par les tribunaux français ».

107. Une solution indûment fondée sur le principe de souveraineté. – En matière de conflit de lois, la résolution du conflit de nationalités nécessaire, le cas échéant, à la détermination de la loi applicable au statut personnel est ainsi entièrement dictée par des considérations présentées comme relevant de l'intérêt de l'État : la solution s'imposerait principalement⁵⁸⁴ parce que les autorités seraient tenues de respecter la décision souveraine adoptée par l'État qui les a instituées et pour lequel la « réglementation de la nationalité », que devrait servir ici le droit conflictuel, revêt un « caractère [...] essentiel »⁵⁸⁵. Amélie Dionisi-Peyrusse souligne que selon la conception traditionnelle de la nationalité, la solution ne peut être différente : « [e]n effet, si l'on suit cette idée, la nationalité est attribuée ou non uniquement en fonction du choix de l'État. Il n'existe nul autre critère de détermination. Ni l'effectivité de la nationalité, ni aucune autre donnée inspirée de la nationalité envisagée comme lien objectif ou volontaire, n'ont à être prises en considération par le juge. Par conséquent, le choix se résume à suivre la décision de l'État étranger ou celle de l'État du for. Tant que le choix offert au juge se présentera de cette manière, il est évident que le juge ne pourra que choisir de respecter la volonté de l'État du for c'est-à-dire d'appliquer la *lex fori* dès lors qu'en la matière, elle se veut compétente »⁵⁸⁶. À nouveau, dans cette perspective, la fonction du rattachement à la nationalité est invisibilisée par la confusion opérée avec la nationalité attribut de la souveraineté de l'État. Loin d'une véritable préoccupation pour la localisation du siège de la situation juridique, ce sont l'allégeance à l'État national⁵⁸⁷ et l'indépendance de ce dernier⁵⁸⁸ qui sont ici mises en avant pour justifier cette solution.

Pourtant, celle-ci a très tôt été jugée insatisfaisante en matière conflictuelle. D'un point de vue logique d'une part, certains auteurs, parmi lesquels Kahn, ont estimé « que la solution doit être la même, le problème étant identique et les raisons de choix de même valeur, pour un

⁵⁸⁴ Sur les autres justifications avancées, voir Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 142-144, pp. 50-51.

⁵⁸⁵ Jacques MAURY, *op. cit.*, p. 370.

⁵⁸⁶ Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 144, p. 51.

⁵⁸⁷ Paul LAGARDE, « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos notamment de l'arrêt Dujaque de la Première chambre civile du 22 juillet 1897) », *op. cit.*, p. 52 : « En France, [...] le rattachement du statut personnel à la nationalité reste fondé sur l'idée de souveraineté, d'allégeance, ce qui justifie pour le binational français la préférence donnée en matière de conflits de lois à la nationalité française. Cette solution doit être conservée, au moins lorsque la loi nationale applicable est bien celle de la personne dont le statut est en cause et que le fondement de souveraineté du rattachement n'est pas douteux ».

⁵⁸⁸ Antoine PILLET, *Principes de droit international*, Paris, Grenoble, Pedone, Allier, 1903, xii-586 p., spéc. n° 316, p. 567 : alors même qu'il envisage le conflit de nationalités au détour de sa réflexion sur la théorie des droits acquis, l'auteur considère que le fait que chaque État ne prenne en compte que la nationalité qu'il a attribuée à un ressortissant binational « va de soi, car ces matières sont d'ordre public et lorsqu'il s'agit d'ordre public l'indépendance de l'État est la règle ».

conflit de deux nationalités étrangères et pour un conflit entre une nationalité étrangère et celle du for »⁵⁸⁹. D'autre part, cette solution heurte gravement la stabilité du statut personnel des binationaux et la prévisibilité des solutions, en raison de la négation de la qualité de binational par les États concernés. L'arrêt *Camara*⁵⁹⁰, rendu par la Cour de cassation le 13 octobre 1992, en donne une bonne illustration, à l'occasion de l'application d'une règle de conflit déjà inspirée par des considérations fortement teintées de nationalisme. En l'espèce, les juridictions françaises sont saisies du divorce d'un couple, la femme étant de nationalité sénégalaise, le mari, binational franco-sénégalais. Il a fallu déterminer la loi applicable au divorce sur le fondement de l'ancien article 310 du Code civil, devenu 309 après la réforme du divorce de 1975⁵⁹¹. En particulier, les époux n'étant pas tous les deux de nationalité française (premier tiret de l'article) ni domiciliés tous deux en France (deuxième tiret), la question s'est posée de savoir si la loi sénégalaise pouvait être appliquée sur le fondement du troisième tiret, au titre de loi étrangère qui se reconnaissait compétente. Les juges du fond ayant fait application de la loi française, l'époux forme un pourvoi en cassation, faisant grief à l'arrêt d'avoir considéré que les deux époux n'étaient pas tous deux de nationalité sénégalaise – ce qui aurait déclenché l'application de la loi sénégalaise –, et que seule la nationalité française du mari pouvait être prise en compte par les juridictions françaises. La Cour de cassation a jugé que la nationalité française « pouvait seule être prise en compte par le juge français ; qu'ainsi la cour d'appel, dans la recherche du point de savoir si la loi sénégalaise se reconnaissait compétence, a, sans encourir les griefs du pourvoi, retenu que les époux *Camara n'avaient pas de loi nationale commune* mais relevaient de lois différentes »⁵⁹². La nationalité sénégalaise du mari, et donc sa binationalité, sont ici tout bonnement niées au profit de sa nationalité française⁵⁹³. Dans cette affaire, le principe de souveraineté qui guide la solution du conflit s'affirme avec d'autant plus de force que la loi sénégalaise, que l'article 310 (devenu 309), troisième tiret, du Code civil interroge, se serait reconnue compétente au titre de loi nationale commune des époux. L'universalité du principe de primauté de la nationalité du for conduit dès lors à conférer au binational « une nationalité changeante, mobile »⁵⁹⁴, injustifiable du point de vue de la nécessaire permanence du statut personnel.

⁵⁸⁹ Jacques MAURY, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁹⁰ Civ. 1, 13 octobre 1992, *Camara*, *Bull. civ.*, 1992, n° 246, p. 162 ; *RCDIP*, 1993, p. 41, note P. LAGARDE ; *D.*, 1993, p. 85, note P. COURBE ; *Ibid.*, p. 351, note B. AUDIT.

⁵⁹¹ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF*, n° 161, 12 juillet 1975, p. 7171.

⁵⁹² Civ. 1, 13 octobre 1992, *Camara*, précité. C'est nous qui soulignons.

⁵⁹³ Pour un constat du caractère général du « peu d'effets que le droit français reconnaît à la possession par un Français d'une nationalité étrangère [...] la possession d'une nationalité étrangère par un ressortissant français [étant] le plus souvent considérée comme un facteur d'extranéité négligeable », voir Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, n° 491, p. 405.

⁵⁹⁴ Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 145, p. 51. Dans le même sens, Jacques MAURY, *op. cit.*, *loc. cit.*

108. Solutions alternatives. – Les graves inconvénients pratiques de cette solution, mis en évidence par un nombre croissant d’auteurs⁵⁹⁵, ont incité à étudier de nouvelles voies de résolution du conflit de nationalités impliquant la nationalité du for. La Cour de cassation semble elle-même, dans l’affaire *Camara*, avoir ouvert le chemin à la prise en compte de la volonté du ressortissant binational : la Haute juridiction relève que l’époux « avait *acquis* la nationalité française ; que, *dès lors*, cette nationalité pouvait seule être prise en compte par le juge français »⁵⁹⁶ : la primauté de la nationalité du for peut ainsi sembler résulter non pas de la décision souveraine de l’État mais de la volonté de l’individu binational, qui pourrait donc fonder la solution. Des voix s’élèvent par ailleurs pour défendre le principe de la nationalité effective⁵⁹⁷ ; certains États l’ont du reste adopté⁵⁹⁸. Cependant, la première solution, au-delà de la critique qui peut lui être adressée⁵⁹⁹, manque de la certitude de l’affirmation d’un principe ; la seconde souffre des hésitations et critiques soulevées en présence d’un conflit de nationalités étrangères qui paraissent renforcer la légitimité du principe de primauté de la nationalité du for⁶⁰⁰. L’insatisfaction provoquée par la solution traditionnelle et ses alternatives tendent à nourrir les critiques adressées de manière plus générale au rattachement du statut personnel à la nationalité et à promouvoir l’idée de son abandon.

ii. Les conflits de nationalités étrangères

109. Inadaptation du principe de souveraineté. – Pour les auteurs qui l’analysent à l’aune du principe de souveraineté, le problème posé par le conflit de nationalités qui se présente devant l’autorité d’un *État tiers*, dont le binational en cause n’est donc pas ressortissant, est différent puisqu’il semble orienter vers une « absence de solution »⁶⁰¹. Les autorités de l’État tiers doivent reconnaître, de manière égale, la souveraineté de chaque État dont l’intéressé est ressortissant : « [l]e juge [...] a bien qualité pour reconnaître ou dénier à un individu la nationalité de l’État au nom duquel il rend la justice ; mais il n’est pas en son pouvoir, lorsque deux États étrangers *réclament* cet individu, de choisir arbitrairement entre eux »⁶⁰². La nationalité est ainsi, une fois de plus, considérée comme un élément de souveraineté de l’État et non comme un critère de rattachement ayant une fonction de localisation, alors même que la précision de la règle de conflit de lois, rendue nécessaire par le conflit positif de nationalités, n’a pas vocation à arbitrer entre deux souverainetés qui, en la matière, ne sont pas concurrentes.

⁵⁹⁵ Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n°s 142-149, pp. 50-53 et les auteurs cités.

⁵⁹⁶ C’est nous qui soulignons.

⁵⁹⁷ Sur cette solution, voir *infra*, n°s 114, 154-155.

⁵⁹⁸ Sur ces États, voir Andreas BUCHER, « La famille en droit international privé », *op. cit.*, n° 15, p. 35.

⁵⁹⁹ Sur ce point, voir *infra*, n° 113.

⁶⁰⁰ Sur ce point, voir *infra*, n° 114.

⁶⁰¹ Marc ANCEL, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁰² *Ibid.* C’est nous qui soulignons.

En définitive, c'est ailleurs qu'il convient de chercher le fondement de la résolution du conflit. La solution varie selon que l'obstacle est considéré dirimant ou non : dans le premier cas, la défaillance définitive du critère doit être constatée, dans le second, le critère de choix doit être recherché en dehors de la volonté des États qui ont attribué leur nationalité respective. Les solutions proposées à cet égard sont nombreuses⁶⁰³ ; certaines ayant pu connaître des applications mais n'ayant pas prospéré en droit positif, un bref rappel suffira, avant d'examiner la solution positive, pour comprendre dans quelles mesures le conflit de nationalités étrangères a également constitué un argument en faveur de l'abandon du rattachement à la nationalité en matière personnelle.

110. Rappel de solutions anciennes (1) : le contournement politique du conflit. – En raison du contexte politique dans lequel se sont développées ces solutions, marqué par les guerres de la fin du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} siècles dont les conséquences, différenciées en fonction de la nationalité des personnes, ont été réglées par une multitude de traités entre les puissances belligérantes, la pratique a révélé une variabilité de la nationalité prise en compte *en fonction de l'intérêt de l'État tiers* dont les autorités ont été saisies. Sans nécessairement trancher le conflit de nationalités, certaines juridictions ont pu, face aux ressortissants binationaux de puissances ennemies, simplement refuser de prendre en compte l'autre nationalité dont ils se prévalaient pour assurer leur soumission aux stipulations du traité en cause⁶⁰⁴. Cette solution, sans aucune base *juridique*, « véritable abdication du droit »,⁶⁰⁵ n'a pas prospéré, mais elle a pu conforter l'idée d'un critère vecteur de l'intérêt des États.

111. Rappel de solutions anciennes (2) : la détermination de critères juridiques de choix. – Les alternatives proposées, si elles ne se sont pas imposées jusqu'à présent face à la nationalité effective, conservent un intérêt à l'heure où ce dernier principe est contesté.

112. Un critère temporel de résolution du conflit a été envisagé⁶⁰⁶. En lien avec l'idée de patrie, telle qu'elle est également reçue dans la notion de domicile d'origine⁶⁰⁷, certains auteurs ont défendu l'idée de la prévalence de la nationalité d'origine, première nationalité dans le temps, en général partagée par l'enfant et les parents. Aussi Loiseau considère-t-il que cette loi « seule est vraiment la loi nationale au sens rigoureux du mot, la loi d'origine, la loi de la race (*sic*). Au contraire, la loi que la naissance en territoire étranger a donnée à la personne n'est point pour cette personne, dans la réalité des choses, une loi nationale : elle lui a été imposée, et à raison d'un fait qui ne devait pas avoir une telle portée : le domicile en pays étranger ne

⁶⁰³ Michel VERWILGHEN, « Conflits de nationalités : plurinationalité et apatridie », *op. cit.*, n^{os} 460-545, pp. 399-465.

⁶⁰⁴ Jacques MAURY, *op. cit.*, p. 378 et les auteurs cités ; Marc ANCEL, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁰⁵ Marc ANCEL, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁰⁶ Voir sur ce point Jacques MAURY, *op. cit.*, pp. 384-385 et les auteurs cités.

⁶⁰⁷ Sur cette notion, voir *infra*, n^{os} 121-125.

prouve pas l'abandon de la patrie »⁶⁰⁸. Pillet parvient à une conclusion similaire, en considérant « qu'il faut aller chercher dans le principe du respect dû aux droits acquis. L'État tiers [...], qui n'est gêné lui par aucune considération d'ordre public, jugera que l'ancienne nationalité constituait pour l'individu en question un droit acquis, que la nouvelle ne possède pas, au contraire, ce caractère, puisqu'elle n'a pas eu pour conséquence de libérer le sujet en question des liens de sa nationalité primitive »⁶⁰⁹. Réciproquement, les auteurs considérant qu'il est nécessaire de prendre en compte la liberté des personnes de changer de nationalité ont préconisé au contraire de retenir la dernière nationalité en date. Mais les raisons et usages multiples de l'acquisition d'une nouvelle nationalité et les risques de fraude suffisent à écarter cette solution. Par ailleurs, l'une comme l'autre ne permettent pas de résoudre le conflit de deux nationalités originelles⁶¹⁰.

113. La considération pour la liberté de l'individu dans le choix de sa nationalité a cependant servi de fondement à une autre proposition, dont la vigueur est renouvelée dans un contexte de construction européenne⁶¹¹ et d'affaiblissement du principe de souveraineté : le conflit de nationalités étrangères pourrait être tranché directement par la personne binationale⁶¹². Mais, en matière familiale, une telle solution revient à offrir, au moins indirectement, à une seule des deux parties le choix de la loi applicable au litige, et se heurte aux mêmes obstacles logiques que la *professio juris* de manière plus générale⁶¹³. Par ailleurs, il a pu être souligné que la volonté de l'individu n'intervenant pas nécessairement dans le cadre de la détermination de la nationalité, cette solution revient à « donner un rôle à l'individu sans réel fondement juridique simplement parce que le juge n'a aucun critère pour trancher. Une telle manière de raisonner revient donc également à admettre que le droit renonce à trancher le litige, qu'il démissionne »⁶¹⁴.

114. Fondements incertains du principe de la nationalité la plus effective. – Des critères plus objectifs ont dès lors été proposés afin de déterminer la nationalité à prendre en compte. Il

⁶⁰⁸ Victor LOISEAU, *op. cit.*, p. 156. Loiseau n'en fait cependant pas un principe absolu, la souveraineté des États y faisant selon lui obstacle. Ainsi, l'auteur affirme qu'« aucune [loi] ne fléchira devant l'autre. La personne, ayant deux nationalités, aura, en droit, deux états et deux capacités différentes, non pas cumulativement, puisque cela est impossible, mais successivement, au hasard des juridictions devant lesquelles les faits juridiques auxquels elle sera mêlée l'amèneront » : *op. cit.*, pp. 156-157.

⁶⁰⁹ Antoine PILLET, *Principes de droit international*, *op. cit.*, n° 316, p. 568.

⁶¹⁰ Sur l'ensemble de ces points, voir Marc ANCEL, *op. cit.*, p. 31 ; Jacques MAURY, *op. cit.*, p. 385.

⁶¹¹ Voir *infra*, n° 281.

⁶¹² Sur le rôle de l'autonomie de la volonté pour départager la loi nationale française de la loi étrangère, et distinguant selon que le domicile du Français est situé en France ou à l'étranger, voir Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, n° 503, pp. 413-414.

⁶¹³ Voir *infra*, n° 274. Pour une étude plus générale de ces obstacles logiques, voir Henri BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats. Étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, 500 p., spéc. n° 8, p. 11 ; Vincent HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, *op. cit.*, n° 119, p. 64.

⁶¹⁴ Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, *op. cit.*, n° 131, p. 46.

s'agit soit de retenir la nationalité qui correspond également au domicile ou, selon les conceptions, à la résidence de l'intéressé, soit de rechercher la nationalité effective qui nécessite une analyse plus globale de la part de l'autorité devant laquelle se présente le conflit, l'ensemble des éléments de la vie de l'intéressé pouvant être pris en compte. Les deux solutions ont des points de contact, le domicile ou la résidence pouvant servir d'indices pertinents, parmi d'autres, dans la recherche de la nationalité effective⁶¹⁵. Cependant, la première solution n'est pas de nature à trancher tous les conflits de nationalités étrangères, en particulier lorsque le domicile et la résidence sont difficiles à déterminer, ou encore lorsque l'intéressé est domicilié ou réside dans un État dont il n'a pas la nationalité. C'est donc la nationalité effective qui a paru mieux à même de résoudre le conflit, sur un fondement juridique. La solution paraît admise largement en doctrine et en droit positif⁶¹⁶ ; la nationalité à prendre en compte est celle à laquelle l'intéressé se rattache en fait, ou, si la condition se réalise pour toutes ses nationalités, celle à laquelle il se rattache le plus. Cependant, les fondements de cette solution ne sont pas clairement définis, doctrine et jurisprudence ne s'étant pas accordées sur la manière de caractériser cette nationalité. Selon la conception du rattachement à la nationalité retenue, il est possible de rechercher la nationalité effective à partir d'éléments relevant du principe de souveraineté⁶¹⁷ ou du principe de proximité. Les éléments pris en compte et l'importance relative de chacun sont différents selon le prisme de l'analyse. « En effet, l'élément d'effectivité peut se porter soit sur les signes d'allégeance que le double national manifeste envers l'un des États dont il a la nationalité, soit sur la localisation dans l'un de ces États de son cadre de vie, de ses relations familiales et professionnelles »⁶¹⁸. Si la conception traditionnelle de la nationalité semble orienter vers la première approche de la nationalité effective, le déclin du principe de souveraineté, en particulier en droit international privé de la famille, incite à la localisation concrète de l'individu. L'insécurité juridique qui résulte de ces hésitations a conduit à une remise en cause du principe de la nationalité effective, et plus largement du choix du rattachement à la nationalité en matière de statut personnel.

⁶¹⁵ Voir en ce sens, Élise RALSER, V° « Domicile et résidence dans les rapports internationaux », *JCl. Droit international*, fasc. 543-10, 5 décembre 2016, n° 12. L'auteur prend notamment l'exemple des législations allemande (article 5 EGBGB : « L'État national auquel la personne se rattache le plus étroitement, en particulier par sa résidence habituelle ou le cours de sa vie ») et monténégrine (article 11 de la loi du 23 décembre 2013, *JO Monténégro*, 9 janvier 2014, n° 1/2014 : « Les ressortissants étrangers titulaires de deux ou plusieurs nationalités sont considérés ressortissants de l'État le plus étroitement lié, au vu d'ensemble des circonstances et notamment de la résidence habituelle »).

⁶¹⁶ Sur ce point, voir Marc ANCEL, *op. cit.*, pp. 33-34.

⁶¹⁷ En faveur d'une analyse à l'aune du principe de souveraineté, voir Paul LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *op. cit.*, n° 70, p. 79 ; Élise RALSER, *op. cit.*, n° 12.

⁶¹⁸ Paul LAGARDE, *op. cit.* n° 70, p. 78.

b. Les conflits négatifs de nationalités

115. La fragilisation du rattachement à la nationalité est encore plus nette en présence d'un conflit négatif de nationalités. La nationalité étant déterminée souverainement par les États, le principe de souveraineté n'offre aucune solution pour les personnes qui, apatrides, n'ont pas de nationalité. Dans une telle situation, il n'est possible que de constater le conflit⁶¹⁹, si bien qu'un auteur, se résignant à une « conclusion décevante »⁶²⁰, a pu affirmer que « [l]a carence du droit touchant la solution du conflit est totale »⁶²¹. Des nationalités de substitution ont été proposées : nationalité d'origine⁶²², nationalité du pays dans lequel l'apatride est établi. Mais, en raison de la fragilité juridique de ces solutions et des obstacles pouvant se dresser face à la détermination de ces nationalités de substitution, le domicile semble s'imposer tout particulièrement. La solution, proposée en 1880, lors de la session d'Oxford de l'Institut de droit international⁶²³, a été consacrée par l'article 12 § 1 de la Convention de New York relative au statut des apatrides⁶²⁴, ratifiée par la France. Dans ce cas, c'est le principe de souveraineté lui-même qui oblige à abandonner le rattachement à la nationalité.

116. Conclusion du paragraphe. – Transition. – Au-delà de son affaiblissement qui incite les auteurs qui n'analysent le rattachement à la nationalité qu'à travers ce prisme à prôner l'abandon de ce critère, le principe de souveraineté se révèle au mieux n'être d'aucune utilité, au pire être la cause de difficultés majeures en matière conflictuelle. Alors même qu'il est contestable d'y rattacher la nationalité en tant que critère de conflit, les critiques se sont dès lors concentrées sur le rattachement en lui-même, inévitablement associé à ce fondement, et ont poussé la doctrine et la jurisprudence à rechercher dans le domicile le rattachement adéquat du statut personnel. Mais à se concentrer sur le critère plutôt que sur ses fondements, l'analyse n'est pas parvenue à donner au domicile la légitimité nécessaire à un abandon définitif de la solution de l'article 3 § 3 du Code civil.

⁶¹⁹ En ce sens, voir Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 151, pp. 53-54 ; Pierre LOUIS-LUCAS, « Les conflits de nationalités », *op. cit.*, pp. 21-22.

⁶²⁰ Pierre LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, p. 31.

⁶²¹ *Op. cit.*, p. 22.

⁶²² En particulier, voir Antoine PILLET, *op. cit.*, *loc. cit.* Après l'avoir appliquée pour résoudre les conflits positifs de nationalités étrangères, l'auteur transpose à l'apatride la théorie des droits acquis. Selon lui, cette « méthode permet également d'écarter la situation anormale de l'*heimathlos*, toutes les fois où l'*heimathlos* a eu une nationalité primitive qu'il a ensuite dépouillée sans en acquérir une nouvelle. Cette nationalité primitive constituait pour cet homme un droit internationalement acquis que son abdication n'a pas pu faire disparaître, puisqu'elle ne lui a pas conféré une qualité nouvelle capable de remplacer la précédente au point de vue international ». L'auteur reconnaît toutefois lui-même la limite de cette solution, qui ne tient pas compte de l'apatridie d'origine, ni d'ailleurs de la disparition de l'État.

⁶²³ Résolution de l'Institut de droit international, « Principes généraux en matière de nationalité, de capacité, de succession et d'ordre public », *AIDI*, Session d'Oxford de 1880, vol. 1, Pedone, 1875-1883, spéc. p. 732.

⁶²⁴ Convention des Nations unies du 28 septembre 1954, *Recueil des traités des Nations unies*, vol. 360, 1960, p. 117. L'article 12 § 1 dispose : « Le statut personnel de tout apatride sera régi par la loi du pays de son domicile, ou, à défaut de domicile, par la loi du pays de sa résidence ».

II. Les incertitudes affectant le critère du domicile quant à son fondement et à sa définition

117. Plan. – Le domicile a d’abord et longtemps été le critère permettant d’affirmer l’autorité du souverain (A). Supposé devenu le reflet du « milieu de vie » des individus, analysé concrètement en termes de proximité, le domicile semble pourtant connaître des difficultés pour se défaire de son fondement originel et, pour cette raison, pour s’imposer en tant que critère principal du statut personnel (B).

A. Le principe de souveraineté, fondement originel et persistant du domicile

118. Plan. – La définition du domicile a évolué avec celle de la souveraineté au moment de l’unification politique du pays (1). C’est le lien d’allégeance qu’il institue qui explique la résistance du critère en matière personnelle au moment de l’avènement de la nationalité (2).

1. Sous l’Ancien droit : du lien d’allégeance territorial au lien d’allégeance personnel

119. À la veille de l’unification juridique française et de l’avènement de la nationalité, le domicile constitue le lien privilégié entre l’État et l’individu, en raison des situations juridique et migratoire caractéristiques de l’Ancien droit : l’organisation féodale du pays le divise en plusieurs provinces soumises à leurs coutumes propres, les mouvements migratoires sont faibles⁶²⁵. L’individu est attaché au territoire sur lequel il est, souvent, né et vit, et la question de savoir quelle coutume appliquer aux questions relevant de son état se pose rarement en pratique, les voyages étant peu fréquents et se concluant en général par un retour dans la province d’origine⁶²⁶. Pourtant, à cette époque, les mouvements de personnes, d’une province à l’autre peut-être plus fréquemment que d’un État à l’autre, sont déjà assez communs pour avoir provoqué une mutation de la notion de domicile empruntée au droit romain, la rapprochant de la nationalité à naître.

⁶²⁵ En ce sens, voir Louis Isaac DE WINTER, « Nationality or domicile ? The present state of affairs », *RCADI*, vol. 128, 1969, pp. 346-503, spéc. n° 7, p. 366. Voir aussi, expliquant « cette prodigieuse diversité de coutumes que l’on rencontrait dans le même empire », Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Bordeaux, Confluences, 1999, 77 p., spéc. p. 14 : « on eût dit que la France n’était qu’une société de sociétés. La patrie était commune ; et les États, particuliers et distincts : le territoire était un ; et les nations diverses ». Et analysant les conflits de lois de l’époque comme des conflits « entre individus de même nationalité, mais assujettis à des législations différentes, [devant] être réglés en général, d’après leur domicile », Barbosa DE MAGALHAES, « La doctrine du domicile en droit international privé », *RCADI*, vol. 23, 1928, pp. 1-144, spéc. p. 10.

⁶²⁶ En ce sens, voir Louis Isaac DE WINTER, *op. cit.*, *loc. cit.* L’auteur relève par ailleurs que ceci n’est pas sans incidence sur l’intérêt théorique porté à la question, historiquement assez faible : *op. cit.*, n° 6, p. 363.

120. Origines. – Parmi les critères de rattachement qui émergent de la théorie des statuts, le domicile est celui qui domine en matière de statut personnel⁶²⁷. Il a longtemps été perçu comme un outil d’affirmation du principe de souveraineté, ce qui s’est traduit de manière équivoque selon les époques. Il permet dans un premier temps aux seigneurs, dans un contexte féodal, puis aux monarques, à l’issue de la centralisation politique du pouvoir, d’affirmer leur pouvoir de domination sur une population, tout en lui donnant une assise territoriale⁶²⁸. Le domicile correspond alors, pour les postglossateurs européens presque unanimes, particulièrement en France⁶²⁹, sous l’influence de Balde⁶³⁰, au domicile actuel⁶³¹. En matière de statut personnel, la redécouverte du droit romain a conduit à imposer, au détriment de l’*origo* – lien avec la cité d’origine, véritable « nationalité avant la lettre »⁶³² selon les termes de Francescakis –, qui prévalait auparavant, le *domicilium*⁶³³, droits acquis mis à part, limitant ainsi les exceptions au

⁶²⁷ En ce sens, voir Armand LAINÉ, *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*, t. II, F. Pichon, 1892, 434 p., spéc. pp. 116-192 ; Georges LEVASSEUR, *La détermination du domicile en droit international privé français*, Rousseau et Cie, 1931, 478 p. spéc. p. 2 ; Victor LOISEAU, *op. cit.*, p. 101 ; Barbosa DE MAGALHAES, *op. cit.*, pp. 9-10.

⁶²⁸ Il a notamment été relevé que « [d]ans l’Ancien droit, la place privilégiée qu’occupait le domicile dans le règlement du conflit de coutumes tenait à son aptitude à concilier les exigences de la territorialité des statuts avec la souplesse qu’exigeait, lors du déplacement des personnes, la continuité de l’allégeance féodale. Ainsi les statuts qualifiés de personnels s’étendaient aux domiciliés, tandis que la détermination de la compétence juridictionnelle fondée sur la règle *actor sequitur forum rei* faisait appel au domicile pour identifier le for naturel du litige. Le lien d’allégeance politique résultant de la qualité de régnicole reposait pareillement sur ce critère » : Dominique BUREAU, Horatia Muir WATT, *Droit international privé*, t. II, PUF, 4^{ème} éd., 2017, 761 p., spéc. n° 644, p. 37.

⁶²⁹ En ce sens, se référant à Meijers, voir Louis Isaac DE WINTER, *op. cit.*, n° 5, p. 363.

⁶³⁰ Voir sur ce point René CASSIN, « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois », *op. cit.*, n° 26, p. 702.

⁶³¹ Voir sur ce point Henri BATIFFOL, « Principes de droit international privé », *op. cit.*, p. 499.

⁶³² Phocion FRANCESCAKIS, « Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel », *op. cit.*, p. 304.

⁶³³ La Rome antique distingue deux types de statuts civiques sur le fondement desquels a été forgée par la suite la notion de domicile : l’appartenance pleine et entière à la cité, la *civitas*, et la « simple condition d’habitant » de l’*incola*, participant partiellement à la vie de la cité (Yan THOMAS, « Origine » et « commune patrie ». *Étude de droit public romain (89 av. J.-C. - 212 ap. J.-C.)*, École française de Rome, 1996, xv-221 p., spéc. p. 1. Du même auteur, voir « Le droit d’origine à Rome. Contribution à l’étude de la citoyenneté », *RCDIP*, 1995, pp. 253-290). La première résulte de l’*origo*, « notion qui se rapporte à l’idée de naissance [et qui a] fini par désigner techniquement l’attache à un lieu » (Yan THOMAS, « Origine » et « commune patrie ». *Étude de droit public romain (89 av. J.-C. - 212 ap. J.-C.)*, *op. cit.*, p. 61), sans considération du domicile ni d’une quelconque localisation territoriale effective. En droit romain en effet, l’*origo* est un lien indisponible et imprescriptible à la cité qui se transmet à la naissance, mais est déterminé par l’ascendance (*op. cit.*, p. 60) : la citoyenneté ne dépend donc pas du lieu de naissance, « circonstance tout à fait accidentelle, sans aucune influence juridique » (Friedrich Carl VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. 8, traduction Guenoux, Librairie de Firmin Didot Frères, Fils et Cie, 2^{ème} éd., 1860, spéc. § 350, p. 44. À ce propos, l’auteur note que « [c]omme l’expression *origo* peut aisément se traduire par le lieu de la naissance, cette interprétation a été souvent admise par les jurisconsultes modernes, même par ceux qui donnent aussi le véritable sens de *origo* d’après le droit romain » : *op. cit.*, p. 43). Si les deux institutions coïncident le plus souvent en pratique, en droit romain elles trouvent tout leur intérêt lorsqu’elles sont dissociées (Yan THOMAS, *op. cit.*, pp. 55-56) ; et dans un tel cas, c’est l’*origo* et non le *domicilium* qui détermine le droit applicable à un individu, en raison, selon Savigny, à la fois de l’antériorité et de la supériorité du premier sur le second (Friedrich Carl VON SAVIGNY, *op. cit.*, § 356, p. 84 et § 357, p. 90. En ce sens, voir aussi Victor LOISEAU, *op. cit.*, p. 102), supériorité résultant de son imprescriptibilité et de son indisponibilité (voir, rapportant les propos d’Ulpien sur la « vérité de la nature » que constitue l’origine, Yan THOMAS, *op. cit.*, pp. 58-59).

principe de territorialité absolue des coutumes⁶³⁴. Mais, en droit romain, « [l]e *domicilium* comme l'*origo* établissaient un lien de dépendance entre les individus et une commune urbaine »⁶³⁵. Pendant la période médiévale, le domicile est alors perçu comme un « signe de l'attachement à la terre [...] et l'un des éléments essentiels de la dépendance politique »⁶³⁶. Les auteurs s'accordent ainsi sur les deux éléments nécessaires à la constitution du domicile, le fait et l'intention⁶³⁷, mais la durée du fait d'habitation semble devoir être plus longue dans la conception romaine que dans l'Ancien droit⁶³⁸. Il se distingue de la simple résidence « qui n'est pas accompagnée de l'intention actuelle de fixité et de perpétuité [...], lors même que par des circonstances accidentelles elle ne serait pas momentanée et se prolongerait pendant longtemps »⁶³⁹. La notion est ainsi parfaitement adaptée à la conception strictement territoriale de la souveraineté féodale et à une situation générale de sédentarité, contrairement à l'*origo*, lien d'allégeance abstrait, « héréditaire et indépendant de toute inscription locale réelle »⁶⁴⁰. Ainsi, « jusqu'au XVIII^{ème} siècle, on s'en tint à l'idée simple que l'état des personnes, avec ses conséquences, reposant sur le domicile, changeait toutes les fois que le domicile se déplaçait, réserve faite des droits acquis »⁶⁴¹ et de la fraude⁶⁴².

121. Influence de la notion de justice sur le critère du domicile. – Dans un second temps néanmoins, au XVIII^{ème} siècle, en particulier en France, la notion de justice a contribué, progressivement et difficilement, à assouplir la stricte féodalité des coutumes⁶⁴³ et à faire évoluer la notion de domicile. Les premières remises en cause de la doctrine traditionnelle ont été formulées au sujet de la capacité des personnes. C'est en cette matière, et spécialement s'agissant des questions liées à l'âge, qu'est apparu à certains statutistes français le risque de variation du statut applicable en fonction du changement de domicile⁶⁴⁴. La variabilité de la

⁶³⁴ Sur l'évolution de la notion et les justifications avancées par les différents auteurs, voir René CASSIN, *op. cit.*, n^{os} 26-29, pp. 700-707.

⁶³⁵ Friedrich Carl VON SAVIGNY, *op. cit.*, § 353, p. 62.

⁶³⁶ René CASSIN, *op. cit.*, n^o 31, p. 707.

⁶³⁷ Reprenant ici les mots de Cicéron s'exprimant au sujet du « domicile en Italie » (*domicilium in Italia*) requis des « filles de famille vouées au sacerdoce de Vesta », Yan THOMAS indique que « le domicile, c'est la cité où l'on a depuis longtemps transporté "le siège de tous ses intérêts et de toutes ses affaires" » (Yan THOMAS, *op. cit.*, p. 35). Voir également Friedrich Carl VON SAVIGNY, *op. cit.*, § 353, p. 64 ; Georges LEVASSEUR, *op. cit.*, pp. 26-27, faisant notamment état de l'opinion de d'Argenté. L'auteur souligne d'ailleurs (*op. cit.*, pp. 27-28), que cette unanimité résulte probablement d'une référence commune, dans le silence des coutumes, à la définition du domicile en droit romain.

⁶³⁸ Sur la nécessité d'une « résidence prolongée » en droit romain, voir Yan THOMAS, *op. cit.*, p. 1.

⁶³⁹ Friedrich Carl VON SAVIGNY, *op. cit.*, § 353, p. 63.

⁶⁴⁰ Yan THOMAS, *op. cit.*, p. 181.

⁶⁴¹ Armand LAINÉ, *op. cit.*, p. 199.

⁶⁴² *Op. cit.*, p. 200.

⁶⁴³ Sur ce point, voir *supra*, n^{os} 27-33.

⁶⁴⁴ Armand LAINÉ, *op. cit.*, p. 202, citant Froland, *Mémoire sur les statuts*, p. 1581 : « Si, dit-il, la coutume du domicile (acquis depuis la naissance) étoit celle qui doit fixer la majorité de la personne, la liberté que nous avons de changer nos demeures, de nous en constituer de nouvelles, de résider où il nous plaît, nous jetteroit dans de forts grands embarras. Celui qui seroit majeur en Normandie, où je suppose qu'il auroit pris naissance, perdrait en un moment sa qualité et deviendrait mineur par la suite de la translation de son domicile à Paris, à Senlis ou autres

qualité de mineur ou de majeur en fonction de la coutume en vigueur dans la province où une personne établit son domicile a paru absurde à des auteurs comme Froland, Bouhier et Boullenois, développant une première intuition de d'Argentré⁶⁴⁵. Ces auteurs ont dès lors fait du domicile « le point d'attache de la personne »⁶⁴⁶, invariable. Cela les a conduits d'une part à considérer que le seul domicile à prendre en compte s'agissant de l'état et de la capacité des personnes était le « domicile d'origine », forgeant la notion, dépourvue de sens en droit romain⁶⁴⁷, d'un « domicile résultant non du choix d'un individu, mais de son origine, c'est-à-dire d'une espèce de fiction »⁶⁴⁸. Le domicile d'origine est alors celui du père au moment de la naissance de l'enfant, la naissance ne pouvant y être accidentelle⁶⁴⁹ ; tout changement ultérieur de domicile est tenu pour indifférent du point de vue du droit applicable à l'état et à la capacité des personnes. La définition du domicile s'en trouve profondément affectée. L'adoption d'une telle conception, « hybridation »⁶⁵⁰ de notions distinctes du droit romain résultant peut-être d'une certaine confusion⁶⁵¹ qui a en partie desservi le domicile en droit international privé, a, d'autre part, constitué un défi au regard de sa conciliation avec le principe de souveraineté territoriale des coutumes⁶⁵², notamment pour d'Argentré, dont l'attachement à ce principe est connu⁶⁵³. Ces auteurs n'ont pas renié ce principe ; bien au contraire, comme le souligne Lainé, en considérant que la loi du domicile doit être appliquée « parce que l'on devait fictivement considérer la personne comme fixée au lieu de son domicile [...], la règle concernant la personne semblait être une simple conséquence de la réalité des lois, le corollaire de celle qui

coutumes ayant dispositions semblables. *Et vice versâ* : quelques temps après, revenant dans son pays natal, il reprendrait son premier état. Et si, depuis, par un changement de volonté assez ordinaire à l'homme, il venait s'établir sous la coutume de Bruxelles, il cesserait d'être majeur s'il n'avait pas 28 ans, et ne pourrait plus aliéner, permuter, ni s'obliger, conformément à l'article 140 de cette coutume qui veut que ceux qui passent par devant le Magistrat quelques contrats ayant goût d'aliénation, permutation, encharge ou obligation, soient âgés de 28 ans. Ce qui jetterait dans des embarras très considérables, qu'on peut aisément éviter en abandonnant à la loi de l'origine la décision de notre question ». Voir aussi Victor LOISEAU, *op. cit.*, p. 143 ; Henri BATIFFOL, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁴⁵ Sur le caractère inabouti des premières idées de d'Argentré, voir Armand LAINÉ, *op. cit.*, p. 125.

⁶⁴⁶ *Ibid.*

⁶⁴⁷ Friedrich Carl VON SAVIGNY, *op. cit.*, § 359, pp. 106-107. Certains auteurs semblent opérer une confusion et prêter au droit romain l'existence de cette notion, à l'instar de Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXII, n° 6 et s., cité par Armand Lainé, *op. cit.*, pp. 205-206 : « J'observerai seulement qu'outre l'équité de cet avis, qui est évidente, il me paraît préférable à l'avis contraire avec d'autant plus de raison qu'il remet les choses sur le pied du Droit commun (le droit romain), où le domicile d'origine l'emportait sur celui d'habitation naturelle ».

⁶⁴⁸ Friedrich Carl VON SAVIGNY, *op. cit.*, § 359, p. 107.

⁶⁴⁹ Armand LAINÉ, *op. cit.*, pp. 201 et 204, citant Boullenois : « Il faut convenir que l'enfant qui vient au monde dans un lieu non pas accidentellement, mais parce que son père y a actuellement son domicile, appartient par spécialité à cette loi. En effet, il est dès ce moment sous l'inspection de la loi ».

⁶⁵⁰ Phocion FRANCESCAKIS, « Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel », *op. cit.*, p. 304.

⁶⁵¹ Froland fait en effet référence à la « loi de l'origine » de la personne : Armand LAINÉ, *op. cit.*, p. 202. Sur la confusion entre domicile d'origine, domicile d'habitation et *origo*, voir Louis Isacc DE WINTER, *op. cit.*, n° 5, p. 363.

⁶⁵² Sur ce point, voir Friedrich Carl VON SAVIGNY, *op. cit.*, § 359, pp. 106-107.

⁶⁵³ Sur le principe de souveraineté territoriale des coutumes et la doctrine de d'Argentré, voir *supra*, n°s 27-33.

régissait les immeubles »⁶⁵⁴. Pourtant, elle conduit nécessairement, dans les autres provinces que celle où est situé le domicile d'origine, à l'application d'une coutume étrangère et restreint ainsi inévitablement la souveraineté territoriale des coutumes⁶⁵⁵.

122. Influence de l'unification politique et juridique du pays. – Cette restriction a justifié, selon l'auteur, le recours à un second argument qui, sans être à même de préserver la stricte et absolue territorialité des coutumes, tend à « justifier l'extraterritorialité de la loi du domicile en matière d'état et de capacité des personnes [...] : l'influence de la loi et du climat sur le développement des hommes »⁶⁵⁶. L'identité, frappante, de cet argument avec celui qui sera plus tard invoqué par les personnalistes pour justifier le principe des nationalités aussi bien que les hésitations doctrinales sur la justification de cette solution⁶⁵⁷ sont le signe d'une idée nouvelle qui peine à trouver ses fondements en raison de l'organisation politique et sociale de l'époque. Lainé y perçoit une « idée [...] juste »⁶⁵⁸, qui bien qu'inadaptée au contexte dans lequel elle émerge constitue les prémices de la nationalité en ce qu'elle met en lumière « *la différence profonde qui existe entre la patrie et le domicile* »⁶⁵⁹ :

« il faut mettre en regard la patrie et le simple domicile ; ce que précisément nos auteurs voulaient faire en élevant le conflit entre le domicile du lieu de la naissance et le domicile acquis par la suite. Étant donnée cette antithèse, en ce qui concerne l'état, les rapports de famille et la capacité, la loi de la patrie doit l'emporter sur la loi du domicile et, malgré les changements de domicile, demeurer intacte. Effectivement, en cette matière, la loi de chaque pays peut être considérée comme la résultante de forces essentiellement nationales. Elle s'est formée sous l'influence du climat, des mœurs, de la religion du pays, eu égard aux qualités physiques, intellectuelles et morales des hommes qui l'habitent depuis longtemps. [...] De là deux conséquences : la première, que la loi d'un pays doit régir uniquement ses nationaux et les suivre en tout lieu ; la seconde que la loi de ce pays doit rester prédominante même après un changement de domicile qui n'a pas été un changement de patrie. Tel est le principe, à la fois, du caractère relatif et extraterritorial de la loi concernant l'état des personnes, adopté

⁶⁵⁴ Armand LAINÉ, *op. cit.*, p. 125.

⁶⁵⁵ *Op. cit.*, p. 127.

⁶⁵⁶ *Ibid.*

⁶⁵⁷ *Op. cit.*, p. 212.

⁶⁵⁸ *Op. cit.*, p. 214.

⁶⁵⁹ *Op. cit.*, p. 201. C'est nous qui soulignons. Dans le même sens, Ph. FRANCESCAKIS, note sous Civ., 21 juin 1948, *RCDIP*, 1949, p. 557, spéc. pp. 563-564. Soulignant la difficulté pour les auteurs statutistes de percevoir clairement l'idée qu'ils avaient fait émerger, René CASSIN, « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois », *op. cit.*, n° 30, p. 707.

depuis des siècles, et de l'idée, proposée par les trois auteurs français, de l'immutabilité de cette loi à travers les changements de domicile »⁶⁶⁰.

Le domicile, qui a longtemps été un lien de soumission strictement territorial, se mue donc, au moment où l'unification juridique rejoint l'unification politique, en lien « d'allégeance [...] que la loi crée entre l'individu et un État »⁶⁶¹. Et Lainé d'exposer les raisons pour lesquelles les statutistes français du XVIII^{ème} siècle n'ont pas proposé d'étendre à l'ensemble des questions d'état et de capacité la solution qu'ils avaient timidement esquissée en matière d'âge :

« à l'époque où ils écrivaient, cette idée était à peu près irréalisable, et la parfaite logique eût conduit à l'erreur absolue. D'une part, en effet, si l'état des personnes tient à leur nationalité, il en doit subir les vicissitudes ; les personnes en changent nécessairement en même temps que de patrie. [...] Et, d'autre part, au temps où la France était partagée dans le domaine du droit entre les coutumes, où les Français, au point de vue de la loi, se divisaient en Parisiens, Normands, Bretons, Orléanais, Bourguignons, etc., chacun d'eux avait *sa patrie juridique propre au sein de la commune patrie politique*, et c'était par le domicile qu'il appartenait à cette patrie locale. Dès lors, un changement de domicile entraînait un changement de patrie, et le changement de patrie ne pouvait pas ne pas avoir pour conséquence un changement de statut personnel. *Il n'y avait donc pas, au moins dans les limites territoriales de la France, de terrain pratique pour cette antithèse de la patrie demeurant fixe malgré les déplacements du domicile ; domicile et patrie ne faisaient qu'un.* [...] À ce point de vue, la tentative de nos auteurs pour distinguer le domicile originaire du domicile actuel ne pouvait être qu'une entreprise vaine »⁶⁶².

Lainé enferme cette explication dans les « limites territoriales de la France »⁶⁶³ : selon lui, le domicile transporté à l'étranger n'entraîne pas un changement de patrie et justifie ainsi

⁶⁶⁰ Armand LAINÉ, *op. cit.*, p. 214.

⁶⁶¹ Petra HAMMJE, V^o « Domicile », *Répertoire de droit international*, Dalloz, septembre 2003, n^o 8. Dans le même sens, voir Louis Isaac DE WINTER, *op. cit.*, n^o 5, p. 363 : « Whilst the application of the domestic law to everybody and everything is a consequence that is typical of newly won independence, this fresh concept reflects greater, more delicate flexibility : the sovereign's power extends only to those who owe him allegiance and obedience ». (« Alors que l'application de la loi territoriale à toute personne et à toute chose est une conséquence typique de l'indépendance nouvellement acquise, ce nouveau concept reflète une flexibilité plus grande et plus délicate à mettre en œuvre : le pouvoir souverain ne s'étend qu'à ceux qui lui doivent allégeance et obéissance ». Traduction libre.)

⁶⁶² Armand LAINÉ, *op. cit.*, pp. 215-216. C'est nous qui soulignons.

⁶⁶³ Sur les débats relatifs à la différence de nature entre les conflits de coutume et les conflits internationaux, voir André BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois. Première partie », *RCDIP*, 1949, pp. 615-635, spéc. pp. 616-617 et les auteurs cités.

le maintien de la loi du domicile d'origine⁶⁶⁴. Dès lors, au moment où l'unité juridique a complété l'unité politique, faisant disparaître en droit les allégeances locales, n'ont plus subsisté que ces rapports entre domicile d'origine dans un État et domicile ultérieurement déplacé dans un autre État ne rompant pas le lien initial entre une personne et sa patrie⁶⁶⁵. Le domicile ne constitue alors plus seulement un lien avec un territoire, mais un outil de construction de l'État unifié au travers de l'idée de patrie.

123. Transition. – Cette acception du domicile et le fondement de souveraineté qui le sous-tend expliquent que le passage au rattachement national en matière de statut personnel à l'avènement du Code civil n'ait pas soulevé les passions des internationalistes.

2. *Après 1804 : la résistance du critère du domicile en tant que lien d'allégeance*

124. Proximité du domicile et de la nationalité dans le Code Napoléon. – En 1804, lorsque le statut personnel est rattaché pour la première fois à la nationalité, ce critère partage avec le domicile le même fondement, si bien que la doctrine a pris l'habitude de souligner que les rédacteurs du Code civil n'ont probablement pas voulu faire œuvre originale en substituant le premier au second⁶⁶⁶. Il semble plus simplement que ce changement ait été la suite logique de l'unification juridique du pays⁶⁶⁷ et de la conviction que la supériorité de la création législative française devait conduire à en faire bénéficier l'ensemble des Français⁶⁶⁸. Le

⁶⁶⁴ Armand LAINÉ, *op. cit.*, p. 216.

⁶⁶⁵ *Op. cit.*, p. 217. En ce sens, voir aussi, présentant comme une conséquence de ce raisonnement l'interdiction faite aux sujets français de se faire juger à l'étranger, René CASSIN, « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois », *op. cit.*, n° 31, p. 708.

⁶⁶⁶ En ce sens, voir Henri BATIFFOL, « Principes de droit international privé », *op. cit.*, p. 499 ; Michel FARGE, *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, L'Harmattan, 2003, 854 p., spéc. n° 2, p. 8 ; Louis Isaac DE WINTER, *op. cit.*, n° 7, p. 366.

⁶⁶⁷ Sur ce point, voir Victor LOISEAU, *Du domicile comme principe de compétence législative dans la doctrine et la jurisprudence françaises depuis le Code civil*, *op. cit.*, pp. 104-105 : « Le Code civil accomplissait une révolution dans le domaine de la science qui s'occupe des conflits de lois : il transportait à la loi nationale l'objet principal de la compétence de l'ancienne loi du domicile : l'état et la capacité des personnes. Les orateurs du Gouvernement et du Tribunat ne prennent pas la peine de le faire remarquer. Leur silence s'explique de la même manière que le silence des anciens auteurs sur l'importance de la loi du domicile : la loi nationale s'imposait, du moment où la France allait cesser d'être, suivant le mot de Portalis dans le discours préliminaire, une société de sociétés. Il leur a semblé qu'il n'y avait plus d'intérêt à parler du domicile et de la loi du domicile, lorsque, en quelque point du territoire qu'une personne s'établît, elle devait rencontrer la même loi, la loi de la France, unifiée désormais au point de vue juridique, comme au point de vue politique ». Il n'est ainsi pas étonnant que le Royaume-Uni, n'ayant pas connu d'unification juridique, ait conservé le critère du domicile d'origine, étendu aux relations internationales : Bernard AUDIT, Louis D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 214, p. 197.

⁶⁶⁸ Michel FARGE, *op. cit.*, *loc. cit.* Voir aussi à cet égard l'analyse sévère de Louis Isaac DE WINTER, *op. cit.*, n° 8, p. 369 : « The famous Section 3, paragraph 3, the first manifestation of the principle of nationality, is evidently not the result of careful analysis and thorough discussion, but rather the expression of a cheap type of juridical patriotism phrased by lawyers who were first and foremost politicians, and who evidently did not comprehend the full significance and implications of the provision » (« Il est évident que le fameux article 3 § 3 du Code Napoléon, première manifestation du principe des nationalités, n'est pas le résultat d'une analyse minutieuse et de discussions approfondies, mais est plutôt l'expression d'un patriotisme juridique de bas étage énoncé par des juristes qui étaient avant toute chose des hommes politiques, et qui, à l'évidence, n'ont pas perçu la signification et l'étendue des conséquences de cette disposition ». Traduction libre). C'est nous qui soulignons.

fondement et la fonction de la nouvelle solution ont ainsi été perçus comme constants. La nationalité, notion jusqu'alors inédite, remplace à cette époque le domicile, conçu comme un domicile d'origine, *en tant que lien d'allégeance* entre un individu et un État. Ce choix signe alors un renouvellement de la fonction du domicile, qui devient principalement un instrument *interne* « de police civile, en localisant l'individu à un point du territoire »⁶⁶⁹. Cependant, en matière internationale, le passage du critère du domicile à celui de la nationalité semble s'être fait beaucoup plus progressivement que ce que le texte de l'article 3 § 3 du Code civil a pu laisser paraître au premier abord, ce qui a sans doute permis, à certains égards en pratique et dans l'esprit d'une partie de la doctrine, de conserver au domicile un certain poids. Ce n'est, semble-t-il⁶⁷⁰, qu'à la grande heure du personnalisme mancinien que la nationalité s'est véritablement imposée, y compris en France.

125. Propositions doctrinales visant à réduire la portée de l'article 3 § 3 du Code civil. –

La proximité entre nationalité et domicile tel qu'il est entendu au début du XIX^{ème} siècle en France a pu être exploitée pour défendre l'idée d'une volonté du législateur français de maintenir l'application du critère du domicile en matière personnelle malgré la lettre du Code civil. Les représentants de cette thèse sont peu nombreux, mais éminents. Sans prôner clairement le maintien du domicile, Foelix opère ainsi une sorte de confusion entre les deux facteurs de rattachement, en tenant pour synonymes les expressions « domicile d'origine » et « territoire de la nation ou patrie »⁶⁷¹. Demangeat va plus loin⁶⁷² : de la lecture de l'article 3 § 3 du Code civil, qui prévoit que la loi française régit l'état et la capacité des Français « même résidant à l'étranger », l'auteur déduit que cette même loi ne s'y applique plus dès lors que le Français y est *domicilié*, considérant que « résidence et domicile sont deux faits juridiques distincts, que la loi n'a pas pu confondre »⁶⁷³. Au-delà de la situation du Français domicilié à l'étranger, pour lequel l'idée de Demangeat a été sans conteste tenue en échec⁶⁷⁴, la question plus épineuse de l'étranger domicilié en France s'est présentée devant les tribunaux français. Argument a été pris du silence de l'article 3 pour affirmer que le législateur de 1804 a seulement souhaité régir la situation des Français et les garder sous l'autorité de la loi française, sans modifier dans une plus ample mesure la solution traditionnelle⁶⁷⁵. L'étranger domicilié en

⁶⁶⁹ Élise RALSER, *op. cit.*, n° 7. L'auteure note que le recul du domicile ne vaut pas seulement en matière de conflit de lois, mais aussi en matière de conflit de juridictions, avec l'apparition des articles 14 et 15 du Code civil fondés sur la nationalité française de l'une des parties.

⁶⁷⁰ Petra HAMMJE, *op. cit.*, n° 1 ; Élise RALSER, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁷¹ René CASSIN, *op. cit.*, n° 32, p. 709 ; Louis Isaac DE WINTER, *op. cit.*, n° 8, p. 370 et les auteurs cités.

⁶⁷² Victor LOISEAU, *op. cit.*, pp. 169-170 ; René CASSIN, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Louis Isaac DE WINTER, *op. cit.*, *loc. cit.*, et les auteurs cités.

⁶⁷³ Victor LOISEAU, *op. cit.*, p. 169.

⁶⁷⁴ *Op. cit.*, pp. 169-170 ; René CASSIN, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Louis Isaac DE WINTER, *op. cit.*, *loc. cit.*, et les auteurs cités.

⁶⁷⁵ René CASSIN, *op. cit.*, *loc. cit.*

France, en particulier lorsqu'il y a été autorisé sur le fondement de l'ancien article 13 du Code civil⁶⁷⁶, serait donc soumis à la loi française, loi de son domicile « sous prétexte qu'il obtenait ainsi la "jouissance des droits civils" »⁶⁷⁷.

126. Applications jurisprudentielles. – Il s'est alors agi pour les juridictions favorables au maintien de la solution traditionnelle soit, assez rarement, d'en affirmer le principe, soit de reconnaître l'application de principe de la loi nationale mais d'en retrancher plusieurs exceptions au profit de la loi française du domicile⁶⁷⁸. Plusieurs décisions ont ainsi fait application de la loi du domicile de l'étranger pour régir son état et sa capacité⁶⁷⁹ si bien que Savigny a affirmé que la capacité était alors en France soumise à la loi du domicile⁶⁸⁰. La Cour de cassation elle-même semble y avoir un temps été ouverte, comme en atteste sa décision rendue dans l'affaire *Hervas c. Bonar* le 17 juillet 1833⁶⁸¹. En l'espèce, une femme espagnole domiciliée en France s'est portée caution pour garantir le paiement de la somme de 100.000 francs, engagement contracté par son mari auprès d'un tiers. Elle a pour cela hypothéqué un domaine, acquis depuis son mariage et situé en France. La dette échue et impayée, le créancier se prévaut de l'hypothèque, mais les époux opposent la nullité du cautionnement : en sus de l'argument selon lequel le domaine, constituant une partie de la dot, n'est pas susceptible d'hypothèque, ils invoquent le défaut de capacité de l'épouse selon le droit espagnol qui interdit, conformément au sénatus-consulte velléen⁶⁸² alors en vigueur en Espagne, à une femme mariée de se porter caution pour son époux. N'ayant obtenu gain de cause ni en première instance⁶⁸³, ni en cause d'appel⁶⁸⁴, les époux se pourvoient en cassation. La réponse de la Cour de cassation nous paraît révéler de deux manières différentes la résistance à la bilatéralisation de l'article 3 § 3. D'une part, la Cour, pour rejeter le moyen pris de la violation de cette disposition, affirme sans équivoque que « si l'article 3 déclare que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même en pays étranger, *il ne contient aucune*

⁶⁷⁶ Article 13 du Code civil de 1804 : « L'étranger qui aura été admis par le Gouvernement à établir son domicile en France, y jouira de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y résider ».

⁶⁷⁷ René CASSIN, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁷⁸ *Op. cit.*, n° 32, p. 710.

⁶⁷⁹ En ce sens, voir Dominique BUREAU, Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 644, p. 38.

⁶⁸⁰ Friedrich Carl VON SAVIGNY, *op. cit.*, § 363, p. 145 : au sujet de l'article, l'auteur affirme qu'« il résulte clairement des discussions préparatoires que la capacité personnelle des étrangers se règle d'après leur domicile, c'est-à-dire d'après le droit étranger. Les auteurs sont d'accord sur ce point avec la jurisprudence des tribunaux ». En ce sens, Dominique BUREAU, Horatia MUIR WATT, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Élise RALSER, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁸¹ Civ., 17 juillet 1833, *Hervas c. Bonar*, S., 1833, I, p. 663 ; D., 1833, I, p. 303.

⁶⁸² Sur ce point, voir Eugène SALVAT, *Du sénatus-consulte velléen et de l'incapacité de la femme mariée en droit français*, Charles Noblet, 1876, 268 p.

⁶⁸³ Tribunal civil de la Seine, 4 juin 1829.

⁶⁸⁴ Paris, 15 mars 1831, D., 1831, II, p. 112. Dans le même sens, mais statuant en matière d'incapacité liée à la minorité et préfigurant la solution de l'arrêt *Lizardi* (Req., 16 janvier 1861, DP, 1861, I, p. 193 ; S., 1861, I, p. 305, note G. MASSÉ ; GADIP, n° 5), voir Paris, 17 juin 1834, *Fontellas c. Lemonnier et Desbarres*, *Journal du Palais : Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1850, l'histoire du droit, la législation et la doctrine des auteurs*, vol. 6, n° 310, p. 907.

disposition semblable ou analogue en faveur des étrangers qui résident en France, d'où il résulte que l'arrêt attaqué ne peut pas avoir violé cet article ». Il est certes possible d'admettre avec la Cour que, la règle ne visant que le premier cas, la solution s'opposant à sa bilatéralisation dans le second ne saurait être considérée, alors que son interprétation est toujours sujette à controverse, comme une *violation* de l'article. Mais bien que l'espèce semble tout particulièrement se prêter à une clarification définitive de la règle, la Cour de cassation élude la difficulté. D'autre part, en effet, elle rejette la qualification personnelle et intègre la question dans le champ de l'article 3 § 2 du Code civil, qui soumet tous les immeubles sis en France à la loi française. Ainsi, si la Cour n'a pas affirmé directement la compétence de la loi du domicile en matière de capacité, elle a fait sienne l'une des voies conduisant, de manière détournée, à l'application de la loi française correspondant à celle du domicile de l'épouse.

127. Un recul du domicile fondé sur la distinction entre droit conflictuel et condition des étrangers. – C'est pourtant la solution affirmée très tôt par la cour de Paris dans son arrêt *Busqueta*⁶⁸⁵, figurant aujourd'hui au nombre des « grands arrêts » du droit international privé, qui s'impose finalement, l'importance croissante des thèses personnalistes venant au soutien des arguments relatifs à la trahison de l'esprit de l'article 3 § 3 du Code civil par la thèse favorable au domicile⁶⁸⁶. Dans cette affaire, la cour de Paris fait application de la loi nationale espagnole du moine Busqueta admis à domicile en France en vertu de l'ancien article 13 du Code civil, pour régir les conditions de validité de son mariage. Elle dédit ainsi les juges du Tribunal civil de la Seine qui avaient appliqué la loi française du domicile du moine en exil et en avaient déduit, pour rejeter la demande en annulation formée par l'épouse étatsunienne, que la qualité de moine ne constituait pas un empêchement à mariage. La cour appuie son raisonnement sur une très nette distinction entre question conflictuelle et jouissance des droits, alors même que la confusion est fréquente, y compris de nos jours, pour servir la cause du domicile⁶⁸⁷. Aux termes de l'arrêt en effet,

⁶⁸⁵ Paris, 13 juin 1814, *Busqueta, S.*, 1814. n° 2, p. 393 ; *GADIP*, n° 1.

⁶⁸⁶ Sur ce point, voir notamment Victor LOISEAU, *op. cit.*, pp. 169-170 : « Rien ne prouve que le mot *résidant* doive être pris dans le sens étroit où il s'oppose au domicile ; le mot a un sens large, qui convient bien mieux à la lecture de l'article. Il serait singulier que les rédacteurs du Code civil, ayant à donner, dans un article unique, divisé en trois courts alinéas, consacrés chacun à un ensemble considérable de matières, les règles principales sur la solution des conflits de lois, eussent formulé une application du principe, au lieu de poser le principe, ou, en d'autres termes, eussent formulé le principe par préterition : il y aurait, là, une faute de méthode autrement grave que celle de n'avoir pas réfléchi que le mot *résidant* pouvait être pris dans un sens étroit. Enfin, si le mot *résidant* doit être entendu avec la signification qui l'oppose au domicile, à quoi peut servir le mot "*même*" ? Il est inutile. Or, ce mot veut dire quelque chose : on l'emploie justement pour appuyer l'idée qu'on exprime. Que disent les lignes qui précèdent ? "Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les *Français*" ; et que disent les derniers mots du texte ? "*en pays étranger*" ; au milieu sont intercalés les expressions : "*même résidant*" ; ces expressions énergiques ne peuvent viser à faire une distinction, elles veulent comprendre tous les Français à l'étranger, les Français *établis* à l'étranger : résidant ou domiciliés ». C'est l'auteur qui souligne.

⁶⁸⁷ C'est, semble-t-il, sur cette confusion que prospère la prise en compte de considérations migratoires dans le choix du rattachement du statut personnel. Voir *infra*, n°s 130-133.

« Busqueta ne saurait se prévaloir de l'article 13 du Code civil, ni du décret par lui surpris le 23 janvier 1809, qui l'autorisaient à jouir de tous les droits civils en France tant qu'il y résiderait ; [...] cet article et ce décret d'ailleurs purement provisoire, non suivis d'une résidence en France pendant le temps compétent, *ni d'un décret de naturalisation*, n'ont pu effacer l'incapacité *inhérente* à sa personne, effet inévitable de la loi de son pays ; [...] ils n'ont pu, par la nature des choses, métamorphoser un Espagnol en un Français, et [...] *tout ce qui en résulte, c'est que Busqueta, résidant en France, était habile à y faire ceux des actes civils que les lois d'Espagne, qui régissaient sa personne, ne lui interdisaient pas* »⁶⁸⁸.

C'est cette même distinction entre droit conflictuel et condition des étrangers qui incite une partie des auteurs du XIX^{ème} siècle à considérer que l'autorisation du Gouvernement prévue par l'article 13 du Code civil n'est pas une condition nécessaire à l'établissement du domicile de l'étranger en France, mais une condition de la jouissance des droits civils⁶⁸⁹. Comme l'affirme Loiseau, dépassant la distinction incertaine mais ayant eu les faveurs de la jurisprudence⁶⁹⁰ entre domicile *de droit* et domicile *de fait*, « [l']étranger qui vient habiter la France avec l'intention d'y fixer son principal établissement s'y crée donc un vrai domicile, un domicile légal, un domicile réel »⁶⁹¹. Ainsi, selon lui, la situation de l'étranger autorisé à établir son domicile en France n'est pas différente, du point de vue du conflit de lois, de celle de l'étranger qui n'a pas bénéficié de cette autorisation ; tous deux doivent recevoir le même traitement conflictuel en matière d'état. Or, l'auteur constate, approbateur, que s'agissant du second, « la loi nationale n'[a] pas d'adversaire. Aucun partisan de la loi du domicile n'a fait, en principe, produire effet pour l'état et la capacité au domicile non autorisé »⁶⁹². Le silence de l'article 3 a certes autorisé doctrine et jurisprudence à multiplier les exceptions, s'appuyant notamment sur l'existence d'un domicile de l'étranger en France⁶⁹³. Mais c'est finalement à la compétence de la loi nationale que la Cour de cassation se rallie dans ce cas⁶⁹⁴, et la transformation de l'admission à domicile en préalable à la naturalisation par la loi sur la nationalité du 26 juin 1889 puis sa suppression par celle du 10 août 1927 a considérablement

⁶⁸⁸ C'est nous qui soulignons.

⁶⁸⁹ Victor LOISEAU, *op. cit.*, p. 127.

⁶⁹⁰ Voir notamment les arrêts rendus dans l'affaire *Forgo* : Civ., 24 juin 1978, *S.*, 1878, 1, p. 429 ; *D.*, 1879, p. 56 ; *Clunet*, 1879, p. 285, et Req, 22 février 1882, *S.*, 1882, 1, p. 393, note J.-É. LABBÉ ; *D.*, 1882, 1, p. 301 ; *GADIP*, n^{os} 7-8.

⁶⁹¹ Victor LOISEAU, *op. cit.*, p. 129.

⁶⁹² *Op. cit.*, p. 179.

⁶⁹³ *Op. cit.*, p. 180.

⁶⁹⁴ *Op. cit.*, p. 178, et l'arrêt cité Cass., 25 mai 1868, *S.*, 1868, 1, p. 365.

réduit la portée des arguments doctrinaux favorables au domicile, qui étaient particulièrement vigoureux dans le cas de l'étranger autorisé à établir son domicile en France, en supprimant la distinction entre domicile de droit et domicile de fait.

128. Transition. – Mais ces arguments favorables au rattachement du statut personnel au domicile, s'ils sont le fait d'une doctrine désormais minoritaire, ne disparaissent pas pour autant et se structurent progressivement autour d'une nouvelle conception plus concrète du domicile, rompant avec la vision d'un critère traduisant une allégeance à un État et assimilé périodiquement au « principal établissement » de l'article 102 du Code civil⁶⁹⁵.

B. Les difficultés à définir un domicile fondé sur le principe de proximité

129. Plan. – S'ajoutant aux difficultés susmentionnées posées par le rattachement à la nationalité⁶⁹⁶, la conscience accrue de la réalité de l'immigration en France dans l'entre-deux-guerres oriente l'analyse du domicile vers des considérations proximitistes qui, à la faveur de l'intensification du phénomène migratoire, resurgissent avec force après-guerre, lors des débats qui précèdent les premières réformes législatives en matière de droit international privé de la famille. Cependant, la prise en compte du phénomène migratoire repose sur des arguments qui font hésiter sur le réel fondement de la solution défendue (1), ce qui n'est pas sans conséquence sur la définition même du domicile (2).

1. L'ambivalente prise en compte des considérations migratoires

130. Lien entre pays d'immigration et rattachement du statut personnel au domicile. – L'idée selon laquelle le droit international privé ne peut être imperméable au contexte migratoire fonde une large partie des propositions de réforme de l'article 3 § 3 du Code civil dans les années 1960. Ainsi, Jean Foyer, au soutien de la règle de conflit de l'article 310, devenu 309, du Code civil affirme que « [l]a tradition continentale est aujourd'hui battue en brèche, par cette observation que le rattachement du statut personnel à la nationalité convient davantage à des États dont les nationaux s'expatrient en grand nombre, qu'aux États accueillant par nécessité sur leur territoire de nombreux étrangers, comme font la plupart des États de l'Europe de l'Ouest »⁶⁹⁷. Dans ce contexte, de nombreux auteurs invitent à repenser l'opposition entre domicile et nationalité. Il ne s'agit plus de discuter des avantages et inconvénients respectifs de deux critères supposément fondés sur un principe de souveraineté et traduisant un lien d'allégeance avec un État, mais de choisir laquelle de la loi d'origine ou de celle du milieu

⁶⁹⁵ Dominique BUREAU, Horatia MUIR WATT, *op. cit.*, n° 644, pp. 38-39 ; Élise RALSER, *op. cit.*, n° 9.

⁶⁹⁶ Voir *supra*, n°s 87-116.

⁶⁹⁷ Jean FOYER, « Tournant et retour aux sources en droit international privé ? (l'article 310 du Code civil) », *JCP*, 1976, I, 2762, n° 7.

d'intégration de l'individu doit régir son statut personnel et notamment ses relations familiales⁶⁹⁸. Le domicile concrètement localisé permettrait à la fois de prendre en compte la volonté alléguée et la réalité de l'intégration des étrangers domiciliés en France⁶⁹⁹, et de faire du droit international privé un *outil de la politique migratoire française*. Ainsi, si le domicile est dans ce cadre présenté comme un critère fondé sur le principe de proximité, et donc mieux adapté aux exigences d'un droit international privé moderne, il semble que toute dimension souveraine n'ait pas entièrement disparu de ses fondements.

131. L'argument volontariste. – Le recours au domicile dans un pays d'immigration comme la France se présente dans un premier temps comme un moyen de faire correspondre le statut légal à la réalité sociologique supposée des individus⁷⁰⁰. Il repose sur la volonté, présumée implicitement exprimée, des ressortissants étrangers domiciliés en France⁷⁰¹, ou plutôt d'une partie d'entre eux – l'installation définitive en France et la perte de l'esprit de retour étant généralisées afin de servir de fondement aux solutions proposées – de se voir appliquer la loi française. René Cassin explicite l'argument : « "Un individu isolé et même une famille prennent vite les mœurs du pays dans lequel ils ont établi leur résidence habituelle." S'il en était autrement, ils auraient la liberté de mettre fin à une discordance intolérable, en allant se fixer dans un pays où l'accoutumance leur serait plus aisée. L'étranger établi durablement dans un pays *entend vivre comme les indigènes, se soumettre aux mêmes lois civiles*, non seulement en ce qui concerne son activité patrimoniale, mais *même en ce qui concerne l'organisation de la famille et la protection des individus* »⁷⁰². C'est cette considération qui a été mise en avant par le législateur de 1975 pour justifier la soumission à la loi française d'époux étrangers de même nationalité domiciliés en France : selon le père de cette réforme, « [l]es maintenir sous l'empire de leur loi nationale commune revient à les traiter en droit comme les membres d'une communauté nationale dont ils sont sortis en fait, les assujettir à une loi qui est le reflet de principes et de mœurs qui ne sont plus ceux de leur actuel environnement »⁷⁰³. Il en irait donc principalement de l'intérêt des individus concernés. Cependant, au-delà même du

⁶⁹⁸ René CASSIN, « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois », *op. cit.*, n° 47, p. 732 ; Bernard AUDIT, Louis D'AVOUT, *op. cit.*, n° 215, pp. 198-199.

⁶⁹⁹ Élise RALSER, *op. cit.*, n° 4.

⁷⁰⁰ Catherine LABRUSSE-RIOU, « La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère », *Trav. com. fr. DIP*, 1975-1977, pp. 111-143, spéc. p. 111.

⁷⁰¹ Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, n° 461, p. 384.

⁷⁰² René CASSIN, *op. cit.*, n° 52, pp. 740-741. C'est nous qui soulignons. L'idée rappelle la théorie de l'incolat telle que développée par Proudhon : « C'est par la fixation de son domicile que l'homme attache les habitudes de sa vie à un lieu plutôt qu'à un autre ; c'est aussi par la fixation de son domicile qu'il supporte les charges publiques et confère sa mise en société dans un lieu plutôt que dans un autre : c'est donc là la véritable, comme c'est la seule marque distinctive de son association civile », Jean-Baptiste-Victor PROUDHON, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil*, t. I, Dijon, Paris, Victor Lagier, Joubert, 3^{ème} éd., 1842, xiv-562 p., spéc. p. 192. En ce sens, voir aussi Victor LOISEAU, *op. cit.*, pp. 145-146.

⁷⁰³ Jean FOYER, *op. cit.*, n° 12, cité par Michel Farge, *op. cit.*, n° 30, p. 34 (et voir aussi nos 26 et s., p. 32 et s.).

caractère contestable de la généralité opérée et de la conformité de l'affirmation à la réalité migratoire de l'époque⁷⁰⁴, comme l'a souligné un auteur⁷⁰⁵, la perte de l'esprit de retour n'est pas nécessairement synonyme de rupture avec la culture d'origine, ce qui a bien été pris en compte pour maintenir, dans le cadre de cette réforme, la possibilité pour les Français expatriés de voir appliquée la loi française à leur divorce. Par ailleurs, « gageons, avec Daniel Gutmann, qu'à évaluer le consentement implicite par référence à la fréquence statistique, on serait plutôt conduit à reconnaître que la majorité des étrangers établis en France, n'étant pas membres du corps politique français, n'entendent pas se voir imposer des lois auxquelles ils n'ont nullement consenti »⁷⁰⁶.

132. L'argument normatif fondé sur l'idée de cohésion sociale. – Le pari que représente l'argument relatif à la volonté supposée des personnes immigrées impose de rechercher ailleurs la justification du recours au domicile. C'est alors un argument « normatif »⁷⁰⁷ faisant appel à l'idée de territorialité qui vise à en consolider l'idée : si le domicile doit, selon ce courant doctrinal, être privilégié, c'est en raison de la nécessité de préserver « la cohésion sociale » et d'« éviter que l'immigration stable et durable établie [...] ne conduise, via la soumission à la loi nationale, à "une sorte de pluralisme juridique de fait" »⁷⁰⁸. Aussi, en termes d'intérêts, le choix du critère du domicile révèle la prise en compte « des intérêts des personnes avec lesquelles vit l'intéressé, c'est-à-dire des intérêts du milieu social dans lequel l'étranger a établi son domicile »⁷⁰⁹. Les considérations qui sous-tendent le choix du critère du domicile,

⁷⁰⁴ Catherine LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, p. 116.

⁷⁰⁵ Michel FARGE, *op. cit.*, n^{os} 31-32 pp. 35-36. Voir en ce sens, Kalthoum MEZIOU, « Migrations et relations familiales », *RCADI*, vol. 345, pp. 1-386, spéc. p. 294 : « L'intégration ne peut signifier le nécessaire renoncement aux coutumes et modes de vie du pays d'origine, elle ne peut signifier une dépersonnalisation, une assimilation comprise comme une dilution de l'identité. L'intégration est un processus qui s'étale dans le temps et qui permet à un individu d'évoluer et d'adopter progressivement les règles du milieu où il vit, elle signifie simplement l'adhésion à un minimum de valeurs communes rendant possible une cohabitation paisible et respectueuse de l'autre. L'intégration est réussie lorsque les échanges avec l'environnement social sont considérés comme satisfaisants. Il s'agit, par conséquent, avant tout d'une adhésion psychologique et cette adhésion ne peut être imposée par la règle de conflit et ne dépend guère de la loi applicable. En réalité, l'impact de l'application de la loi du pays d'accueil sur l'intégration des migrants semble difficilement quantifiable et les pays qui ont retenu comme critère de rattachement le domicile sont précisément les pays où le communautarisme est le plus développé ».

⁷⁰⁶ Daniel GUTMANN, *op. cit.*, n^o 461, p. 384.

⁷⁰⁷ *Ibid.*

⁷⁰⁸ *Op. cit.*, n^o 461, pp. 384-385, citant Jean Déprez, « Droit international privé et conflit de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel », *RCADI*, vol. 211, 1988, pp. 9-372, spéc. n^o 95, p. 202. En ce sens, voir aussi Michel FARGE, *op. cit.*, n^o 39, p. 39. Voir également, au sujet de l'immigration italienne et polonaise de l'entre-deux-guerres, René CASSIN, *op. cit.*, n^o 55, p. 745 : « L'application de la loi nationale aux étrangers domiciliés ne constitue plus seulement une gêne, mais peut devenir un danger pour la cohésion et la souveraineté de l'État, lorsque des colonies compactes d'immigrants de même nationalité se forment en certain point du territoire ».

⁷⁰⁹ Gerhard KEGEL, « The crisis of conflict of laws », *RCADI*, vol. 112, 1964, pp. 91-268, spéc., p. 186 : « *To choose the lex domicilii means to give consideration to the interests of others with whom the party is living, that is, to the interests of the local society in which the foreigner has established his domicile* » (traduction libre). L'auteur assimile les intérêts du milieu de vie de l'intéressé aux « intérêts du commerce » (« *interests of commerce* », *Ibid.*) et donc à l'intérêt des tiers. Cependant, sur la multiplicité et « l'insaisissabilité » des tiers, voir

« aplanissant et assimilateur »⁷¹⁰, en matière familiale révèlent la « vocation intégrative »⁷¹¹ de la règle de conflit, transformée en outil d'assimilation des populations immigrées⁷¹², et la volonté de préserver l'homogénéité sur le territoire de l'État des solutions en matière familiale⁷¹³. L'adoption du critère du domicile correspondrait finalement mieux au but et aux intérêts de l'État d'immigration⁷¹⁴. Il s'agit pour la société d'accueil d'imposer l'application de sa propre loi à tous ceux qui sont établis sur son territoire, sans passer par les voies détournées offertes par la théorie générale du droit international privé que sont, à titre principal, l'exception d'ordre public international, mais aussi les lois de police, la qualification ou le renvoi⁷¹⁵ : une telle solution permettrait ainsi d'assumer sans détour auprès des étrangers la valeur supérieure prêtée au droit français.

Cette idée sous-tend certainement les règles unilatérales des articles 311-15 du Code civil et 310, devenu 309, du Code civil, respectivement issus des réformes de 1972 sur la filiation et

Benjamin RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, n° 91, p. 46 ; pour une illustration en matière contractuelle, voir Vincent HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, *op. cit.*, n° 547, p. 244 : « Vouloir en conséquence déduire un critère de rattachement quelconque d'une étude globale des intérêts, tout à la fois, des ayants cause universels, à titre universel, ou particuliers de chacune des parties, de leurs créanciers chirographaires ou privilégiés, des titulaires de droits réels sur la chose qui constitue l'objet de leur obligation, voire des *penitus extranei* qui seront troublés par l'exécution de la convention, serait une entreprise assurément vaine. Leur nombre, leur fréquente dissémination dans l'espace, et le caractère contradictoire de leurs préoccupations respectives s'y opposent nécessairement ». Dès lors, compte tenu de l'indétermination des sujets de cet intérêt et de l'objet de ce dernier, à savoir « la facilité de formation des rapports juridiques et [...] la sécurité dans leur exécution » (Henri BATIFFOL, « Les intérêts de droit international privé », *op. cit.*, p. 17), sécurité qui réside pour les tiers dans le fait « de ne pas se voir opposer des droits en vertu d'une loi dont l'intervention est pour eux tout à fait inattendue » (Bernard AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit de lois (sur la crise des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 275), nous nous rallions à l'analyse de Bernard Audit et d'Henri Batiffol qui perçoivent l'intérêt des tiers comme une composante de l'intérêt général dont l'État a la charge (Bernard AUDIT, *op. cit.*, *loc. cit.* : « L'intérêt des tiers — qui relève également des intérêts généraux dont l'État a la charge — est de ne pas se voir opposer des droits en vertu d'une loi dont l'intervention est pour eux tout à fait inattendue » ; Henri BATIFFOL, *op. cit.*, *loc. cit.* : « Les intérêts des tiers sont le signe que les intérêts généraux dont l'État a la garde sont engagés par les relations privées ». *Contra*, constatant lui-même le caractère indéterminé des tiers, mais ne le concevant pas comme un obstacle à l'existence d'un intérêt des tiers, voir Gerhard KEGEL, *op. cit.*, *loc. cit.* : « *here we are concerned not with governmental interests, but with the interests of private persons, be it interests of individual parties or interests of undetermined persons, which might be called the interests of commerce* » (« il n'est pas question, ici, d'intérêt de l'État, mais d'intérêts de particuliers, qu'il s'agisse des intérêts des parties ou des intérêts de personnes indéterminées, que l'on pourrait nommer intérêts du commerce ». Traduction libre).

⁷¹⁰ Dominique BUREAU, Horatia MUIR WATT, *op. cit.*, n° 636, p. 26.

⁷¹¹ Daniel GUTMANN, *op. cit.*, nos 455-462, pp. 381-386.

⁷¹² Sur ce point, voir Bernard AUDIT, « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain », in *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 49-70, spéc. p. 53.

⁷¹³ En ce sens, voir Jean-Paulin NIBOYET, « L'universalité des règles de solution des conflits est-elle réalisable sur la base de la territorialité ? », *RCDIP*, 1950, pp. 509-527 ; et pour une analyse de la thèse de Niboyet, voir Pierre MAYER, « L'État et le droit international privé », *Droits*, n° 16, 1992, pp. 33-44, spéc. p. 41 et p. 43.

⁷¹⁴ Jean-Paulin NIBOYET, *Traité de droit international privé français. Conflits de lois, d'autorité et de juridictions, théorie générale*, t. III, Sirey, 1944, 679 p., n° 900, pp. 151-152 et n° 924, pp. 215-216.

⁷¹⁵ Catherine LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, p. 113 ; Louis D'AVOUT, « La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle », in *Les relations privées internationales. Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, pp. 15-41, spéc. n° 6, pp. 22-23 et n° 8, p. 24 ; Étienne PATAUT, *La nationalité en déclin*, *op. cit.*, p. 38.

de 1975 sur le divorce⁷¹⁶ : tandis que le premier fait découler de la résidence habituelle de l'enfant et de l'un au moins de ses parents en France le bénéfice des effets que la loi française fait produire à la possession d'état, le second retient la compétence de la loi française aussi bien pour le divorce de deux époux de nationalité commune domiciliés en France que pour celui de deux époux français domiciliés à l'étranger, sans renoncer à régir celui d'époux dont la situation serait différente des deux précédentes. Or, non seulement le recours à un critère territorial permet « d'affirmer l'autorité d'une loi interne pour en augmenter le champ d'application »⁷¹⁷, mais le caractère unilatéral de ces règles de conflit renforce « [l]a volonté du législateur [...] d'étendre le domaine d'application de la loi française, lorsque les personnes concernées sont étrangères »⁷¹⁸, et ce de manière particulièrement large en matière de divorce. Il apparaît ainsi que les fondements du domicile n'empruntent pas seulement à des considérations de proximité liées à la localisation concrète des intéressés, mais sont fortement teintés de souveraineté : le rattachement au domicile sert dans ces hypothèses un choix politique du législateur français et donc, avant tout, l'intérêt de l'État.

133. L'argument relatif à la bonne administration de la justice. – L'intérêt de l'État est également perceptible en présence de règles de conflit bilatérales : alors même que dans ce cas, le domicile, pouvant conduire à la désignation d'une loi étrangère, n'est pas nécessairement de nature à favoriser l'application de la loi française, le choix de ce critère est largement justifié par la correspondance fréquente de la loi du domicile à la loi locale⁷¹⁹. De Savigny à Loussouarn, la coïncidence entre compétences législative et juridictionnelle à laquelle aboutit souvent le domicile a été reconnue comme une qualité en elle-même décisive en faveur de ce critère⁷²⁰. En sus de préserver la cohésion sociale, le rattachement au domicile aurait ainsi l'avantage d'éviter aux juges français les complications qui résulteraient pour eux de

⁷¹⁶ Daniel GUTMANN, *op. cit.*, n° 461, p. 384, citant Jean Déprez, *op. cit., loc. cit.*, et n° 97, p. 205 et du même auteur, note sous Soc. 8 mars 1990, *RCDIP*, 1991, p. 695, spéc. p. 711 ; Yvon LOUSSOUARN, « Les réformes du droit international privé du divorce et de la filiation », in *La terre, la famille, le juge. Études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Economica, 1990, pp. 135-157, spéc. p. 137 et p. 151.

⁷¹⁷ Élise RALSER, *op. cit.*, n° 27.

⁷¹⁸ *Ibid.* L'auteure constate que le même procédé a été utilisé récemment pour permettre une application extensive de la loi française en matière de mariage homosexuel, mais c'est le critère de la résidence en France, et non du domicile, qui a été retenu.

⁷¹⁹ Voir en ce sens René CASSIN, *op. cit.*, n° 74, p. 775 : « Dans les livres de ces auteurs, comme dans les dispositions du projet de loi préparé en 1924 et des textes élaborés par la Société d'Études législatives, le retour à la loi du domicile se présente incontestablement comme une réaction de la territorialité, non seulement contre les solutions admises depuis Mancini, mais même contre le principe de l'article 3, alinéa 3, du Code civil. L'abrogation de celui-ci a été proposée, et il n'est pas dit que, si le procédé du "chacun pour soi" l'emporte, les pouvoirs publics français ne seront pas entraînés à abandonner le principe » ; Pierre LOUIS-LUCAS, « L'impérieuse territorialité du Droit », *RCDIP*, 1935, pp. 633-661, spéc. n° 11, pp. 647-648 : « la loi du domicile qui semble respecter encore la personnalité du Droit puisqu'on a pu dire qu'elle est la seconde loi personnelle de l'être humain, constitue en réalité, et beaucoup plutôt, la consécration de la territorialité ; la loi du domicile est déjà la loi locale ».

⁷²⁰ René CASSIN, *op. cit.*, note 1, p. 740 ; Yvon LOUSSOUARN, « La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé », *op. cit.*, note 1, p. 128 ; Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé, op. cit.*, n° 225, 5°, p. 214.

l'application d'un droit étranger qu'ils ne maîtrisent pas et qui peut leur être difficilement accessible⁷²¹. Il est cependant permis de constater, avec Pierre Louis-Lucas, que ces arguments sont relatifs ou « dépourvu[s] de valeur scientifique »⁷²². De deux choses l'une en effet : soit « on commence par admettre qu'il y a des cas où la loi étrangère est rationnellement préférable à la loi locale, [et] il est bien évident qu'une simple difficulté d'application ne doit pas conduire à négliger cette loi étrangère et à la remplacer par la loi locale »⁷²³, soit on considère par principe que la loi française doit en elle-même être considérée comme supérieure à toute loi étrangère et l'on nie l'existence même du conflit de lois⁷²⁴. Comme l'auteur, il nous est avis que « [t]ous les arguments, d'inspiration opportuniste [...] doivent être délaissés »⁷²⁵. Dans tous les cas, il apparaît que la coïncidence des compétences législative et juridictionnelle, comprise comme un moyen de simplifier les procédures judiciaires et non comme celui de permettre l'application de la loi la plus proche de la situation, ne puisse se réclamer du principe de proximité mais relève au contraire de l'intérêt de l'État et de sa compétence souveraine relative à l'administration de la justice. Le fondement dual du domicile tend à obscurcir sa définition, ce qui n'a pas été sans conséquence sur sa fortune en droit international privé contemporain.

2. *L'ambivalence de la notion de domicile*

134. Confusion entre le domicile interne et le domicile international. – Malgré les faveurs d'une partie importante de la doctrine pour l'application fréquente de la loi française au travers d'un retour au domicile en matière personnelle et notamment familiale⁷²⁶, ce critère n'a pas profité du déclin de la nationalité autant que les critiques visant le critère traditionnel auraient pu le laisser penser⁷²⁷. Cela est notamment dû, au-delà de la faiblesse de certains arguments, au fait que la réapparition ponctuelle du domicile ne s'est pas accompagnée d'une

⁷²¹ À cet égard, Jean Déprez souligne que « la France n'a pas les *moyens* d'assurer, sur le plan du droit, le respect d'un pluralisme qui tend à s'instaurer dans les faits » ce qui devrait conduire à « admettre que le rattachement à la loi nationale débouche, dans un certain contexte démographique, sur des complications difficilement surmontables » : Jean DÉPREZ, *op. cit.*, n° 97, p. 207. C'est nous qui soulignons. Sur ces arguments, invoqués au soutien de l'application de la loi locale, voir Pierre LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, n° 10, p. 645.

⁷²² Pierre LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷²³ *Ibid.*

⁷²⁴ Henri BATIFFOL, « Principes de droit international privé », *op. cit.*, p. 511.

⁷²⁵ Pierre LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, *loc. cit.* L'auteur de constater immédiatement : « Ils compromettent, plus qu'ils ne justifient, l'idée de territorialité ». Voir, qualifiant ce type d'argument d'« utilitaires », Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, n° 123, pp. 278-279.

⁷²⁶ Louis D'AVOUT, *op. cit.*, n° 1, pp. 15-16 ; Jérémy HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, 2010, xviii-423 p., spéc. n°s 446-462, pp. 348-358.

⁷²⁷ Sur ce constat en droit de l'Union européenne, voir Louis D'AVOUT, *op. cit.*, n° 5, p. 22. En matière de statut personnel, l'affirmation selon laquelle le passage du principe de souveraineté au principe de proximité « a entraîné une véritable mutation de la discipline qui s'est traduite notamment par la *substitution* du rattachement traditionnel à la nationalité par un rattachement territorial au domicile [...], puis à la résidence habituelle » (Élise RALSER, *op. cit.*, n° 2. C'est nous qui soulignons.) nous paraît exagérée. Cette substitution est, certes, en partie réelle en droit de l'Union européenne, mais il faut en nuancer la généralité et noter la résistance de la loi nationale (sur ces points, voir *infra*, n°s 257-263, 494, 502).

clarification de la notion, qui au contraire a soulevé de nouvelles difficultés. Ainsi, comme l'a exprimé sans détour Francescakakis, « [a]lors que les emplois du domicile dans le droit international privé français se sont multipliés depuis la première guerre mondiale, on est de moins en moins sûr de la notion que le mot "domicile" exprime. On y perd pied »⁷²⁸. En particulier, l'emploi moderne de la notion⁷²⁹ n'a pas su distinctement faire la part, alors même qu'elles renvoient à des fonctions et reposent sur des fondements différents, entre la conception interne du domicile, figurant encore aujourd'hui aux articles 102 et suivants du Code civil, fondée principalement sur une résidence de l'individu⁷³⁰, et la conception internationale du domicile héritée de l'Ancien droit⁷³¹ et qui, selon l'auteur, a subsisté en jurisprudence⁷³².

135. Glissement vers la résidence habituelle. – Le domicile ayant effectué son retour sous les auspices du principe de proximité – bien que nous ayons établi qu'il sert aussi, sinon principalement, l'autorité de la loi sur le territoire de l'État – et participant d'un mouvement critique de la nationalité, il a semblé un temps cantonné à sa dimension de localisation concrète. Cette acception l'a cependant desservi, en ne le distinguant pas suffisamment du critère de la résidence habituelle, dont la souplesse et le caractère fonctionnel ont séduit nombre de commentateurs et le législateur européen. L'importance de l'élément intentionnel du domicile ayant par ailleurs été relativisée, un renversement semble s'être produit, la résidence habituelle ayant fini par absorber le domicile réduit à sa dimension localisatrice⁷³³. L'adoption, à défaut de nationalité commune, du rattachement au domicile commun en matière d'effets du mariage semble avoir accentué ce phénomène. En effet, la Cour de cassation a fait le choix d'adopter une approche concrète du domicile commun, supposé refléter le milieu de vie des intéressés⁷³⁴. Mais en choisissant de retenir individuellement chaque membre du couple comme sujet de ce

⁷²⁸ Phocion FRANCESCAKIS, « Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel », *op. cit.*, p. 292. En ce sens, soulignant la variation d'une « notion obscure [...] avec les pays, les temps, les auteurs et les arrêts », voir Ph. MALAURIE, note sous Cass., Civ. 2, 24 novembre 1964 et 24 juin 1965, *Chunet*, 1966, p. 89, spéc. p. 90.

⁷²⁹ Il semble que les difficultés notionnelles prennent déjà leur source dans l'Ancien droit, Loiseau faisant remarquer que la notion de domicile, « notion première », n'a pas fait l'objet d'études approfondies malgré son importance dans la théorie des statuts : Victor LOISEAU, *op. cit.*, pp. 102-104.

⁷³⁰ Il a ainsi été fait remarquer que « [c]ette définition repose sur une présomption de présence de l'intéressé dans un lieu donné et fait apparaître l'aspect, souvent fictif de la notion de domicile, au lieu de rechercher concrètement à situer l'intéressé au lieu de son activité principale ou au centre de ses intérêts » : Yvaine BUFFELAN-LANORE, V^o « Domicile, demeure et logement familial », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2014, n^o 3.

⁷³¹ Sur la possibilité de recourir au « domicile localisateur du droit civil interne » pour définir le domicile au sens du droit international privé, voir Paul LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *op. cit.*, n^o 57, p. 69 : « La règle de conflit retenant le domicile comme facteur de rattachement utilise désormais un support qui a cessé d'être un instrument de détermination de la souveraineté du for, qui appartient au droit privé et qui peut donc être utilisé dans la définition que lui donne le droit du for pour déterminer les cas d'application d'une loi étrangère ».

⁷³² Phocion FRANCESCAKIS, *op. cit.*, p. 300. Voir aussi la note de l'auteur sous l'arrêt Civ., 4 novembre 1952, *RCDIP*, 1953, p. 729.

⁷³³ Louis D'AVOUT, *op. cit.*, n^{os} 11-12, p. 28. L'auteur évoque la « confusion-fusion » des deux critères.

⁷³⁴ *GADIP*, n^o 5, spéc. pp. 236-237.

domicile, en décidant que le domicile commun peut également s'entendre du domicile d'un couple vivant séparé s'ils sont « tous deux intégrés au milieu local par un établissement effectif dans le même pays »⁷³⁵, la Cour de cassation contribue à la dilution inexorable du domicile, le rendant ainsi moins attractif que la résidence habituelle.

Cependant, au cours de la dernière décennie, des difficultés d'application du critère de la résidence habituelle sont apparues en pratique. À la faveur d'une réflexion émergente sur le critère le mieux adapté dans un contexte de construction européenne pour remplacer la résidence habituelle, un retour – cette fois-ci assumé – à la dimension souveraine du domicile peut être observé. Ainsi, Jérémie Heymann considère-t-il que « le domicile présente deux qualités pouvant utilement servir au règlement des cas de vrais conflits. Il se révèle être à la fois le *témoignage d'une allégeance politique* mais aussi la marque de l'ancrage de l'individu sur le territoire d'un État »⁷³⁶. L'allégeance politique ne résulte pas, pour l'auteur, que de l'*animus manendi*, élément psychologique du domicile, mais aussi des divers éléments matériels pouvant être pris en compte pour qualifier le domicile, entre autres « l'exercice d'un emploi rémunéré, [...] le mariage avec un ressortissant du pays, le lieu de célébration du mariage, la naissance et la scolarisation d'enfants, [...] l'obtention ou le renouvellement d'un titre de séjour, [...] »⁷³⁷. Par ailleurs, en considérant le domicile non plus comme un facteur de simple localisation de l'individu sur un territoire mais comme une marque de son « ancrage » sur ce territoire, l'auteur fait du domicile de l'individu un élément de la souveraineté territoriale de l'État et donc « la source d'une contrainte qu'un État peut légitimement lui imposer »⁷³⁸. Si d'autres auteurs plaident également, pour les mêmes raisons liées à l'instabilité de la résidence habituelle, pour un retour au domicile international⁷³⁹, il semble pour l'instant qu'ils constituent un mouvement minoritaire, et sans écho en droit positif, le critère du domicile n'ayant pas conquis de territoires substantiels depuis les réformes de 1972 et 1975⁷⁴⁰.

136. Conclusion du paragraphe. – Transition. – Sous couvert de son caractère fonctionnel, le domicile souffre de la « dualité de ses fondements »⁷⁴¹, entre localisation et allégeance à un État. D'un côté, la conception d'un domicile marqueur de souveraineté place les pourfendeurs de la nationalité dans une situation inconfortable, la désuétude de ce dernier

⁷³⁵ Civ. 1, 15 mai 1961, *Tarwid*, précité.

⁷³⁶ Jérémie HEYMANN, *op. cit.*, n° 446, p. 348. C'est nous qui soulignons.

⁷³⁷ *Op. cit.*, n° 447, p. 348, citant Horatia MUIR WATT, V° « Domicile », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland, Stéphane Rials (dir.), Lamy, PUF, 2003, pp. 410-412, spéc. p. 411.

⁷³⁸ Jérémie HEYMANN, *op. cit.*, n° 451, p. 351.

⁷³⁹ Louis D'AVOUT, *op. cit.*

⁷⁴⁰ En matière de mariage homosexuel, le domicile de l'un des époux dans un État autorisant le mariage entre personnes de même sexe suffit à valider le mariage aux termes de l'article 202-1 § 2 du Code civil. Cependant, il n'est qu'un critère parmi d'autres permettant la validité de l'union.

⁷⁴¹ Petra HAMMJE, *op. cit.*, n° 4.

critère résidant principalement dans la verticalité du lien qu'il établirait entre l'individu et l'État. D'un autre côté, la plus grande réalisation de la conception du domicile fondée sur le principe de proximité paraît finalement avoir été de préparer les esprits à une généralisation du critère de la résidence habituelle en matière familiale. Cela n'a pas été sans conséquence sur la signification et le fondement du statut personnel, qui semble s'éloigner de plus en plus de la protection de l'essence de la personne. Le démantèlement de la catégorie, qui s'amplifie aujourd'hui, a été initié sur des fondements incertains alors même qu'une relecture du seul critère de la nationalité aurait pu permettre d'atténuer certains de ses effets négatifs.

SECTION 2 : UNE APPRÉCIATION RENOUVELÉE DU RATTACHEMENT À LA NATIONALITÉ CENTRÉE SUR LA PROTECTION DE L'ESSENCE DE LA PERSONNE

137. Plan – Désormais destiné à apporter la réponse la plus satisfaisante à la résolution de litiges de droit privé ayant des liens avec plusieurs ordres juridiques étatiques, le droit international privé s'intéresse légitimement à l'intérêt des personnes privées, sans négliger celui des États, qui restent intéressés à la résolution du litige, à un titre différent⁷⁴². Dès lors, la prise en compte de la protection de l'essence de la personne⁷⁴³ dans la détermination du rattachement de la règle de conflit à la nationalité en matière familiale permet de modifier l'appréciation qui en a été retenue jusque-là (I) et doit également constituer un guide dans la résolution des difficultés que ce rattachement peut révéler (II).

I. Les fondements de la nationalité garantissant la protection de l'essence de la personne

138. Plan. – Dépasse le seul mode de détermination de la nationalité, reposant sur la volonté souveraine de l'État, permet de constater que cet exercice consiste en général pour l'État à tirer des conclusions du constat de liens forts le reliant à l'individu (A). Dès lors que la nationalité reflète une partie des éléments composants l'identité d'une personne, son intérêt en tant que rattachement du droit international privé de la famille s'en trouve renouvelé (B).

A. La nationalité fondée sur les éléments constitutifs de l'identité de la personne

⁷⁴² Sur le caractère « multiforme » de l'intérêt de l'État, qui résulte en réalité des différentes figures de l'État, et le passage de l'État souverain à l'État législateur en droit international privé, voir Pierre MAYER, « L'État et le droit international privé », *op. cit.*, pp. 39-44.

⁷⁴³ Voir *supra*, n^{os} 63-66.

139. La nationalité, une résultante des liens entre l'individu et l'État. – L'appréciation de la nationalité à l'aune de la seule souveraineté de l'État paraît aujourd'hui réductrice. Certes, le droit de la nationalité a récemment constitué et constitue toujours aujourd'hui « un élément de contrôle de l'immigration »⁷⁴⁴ au travers de l'équilibre adopté entre *jus sanguinis* et *jus soli* et des conditions d'attribution ou d'acquisition de la nationalité. Mais le recul des considérations souverainistes a une influence sur l'esprit du droit de la nationalité⁷⁴⁵, qui se fait plus ouvert à la prise en compte de la personne. L'un après l'autre, les rapports législatifs précédant les réformes du droit de la nationalité ont ainsi tous mis en valeur la dimension personnelle de la nationalité⁷⁴⁶, dont la prise en compte suppose « une nouvelle délimitation des frontières entre le pouvoir de l'État et les droits de l'individu, cette évolution se faisant

⁷⁴⁴ Paul LAGARDE, « La nationalité française rétrécie », *op. cit.*, n° 4, p. 539. Il suffit pour s'en convaincre de se replonger dans le contexte dans lequel la loi n° 93-933 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité (*JORF*, n° 168, 23 juillet 1993, p. 10342) a été adoptée (*Ibid.*), et de constater que la nationalité est perçue comme une variable d'ajustement sur laquelle le gouvernement et le parlement ont décidé de jouer pour traiter la question migratoire à Mayotte, quitte à rompre ouvertement avec le caractère unitaire de la nationalité. La proposition n'est pas nouvelle, puisqu'elle avait déjà été formulée en 2005 par François Baroin, ministre de l'Outre-mer du gouvernement de Dominique de Villepin, et fait l'objet de débats parlementaires (François-Noël BUFFET, Georges OTHILY, *Immigration clandestine : une réalité inacceptable, une réponse ferme, juste et humaine*, Rapport de la commission d'enquête du Sénat, n° 300, 6 avril 2006). Elle a finalement été mise en œuvre récemment. La loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie (*JORF*, n° 209, 11 septembre 2018, texte n° 1) a ainsi modifié, s'agissant des seuls enfants nés à Mayotte de parents étrangers, les conditions prévues pour l'acquisition de la nationalité française à raison de la naissance et de la résidence en France par les articles 21-7 § 1 (« Tout enfant né en France de parents étrangers acquiert la nationalité française à sa majorité si, à cette date, il a en France sa résidence et s'il a eu sa résidence habituelle en France pendant une période continue ou discontinue d'au moins cinq ans, depuis l'âge de onze ans ») et 21-11 du Code civil (§ 1 : « L'enfant mineur né en France de parents étrangers peut à partir de l'âge de seize ans réclamer la nationalité française par déclaration, dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants si, au moment de sa déclaration, il a en France sa résidence et s'il a eu sa résidence habituelle en France pendant une période continue ou discontinue d'au moins cinq ans, depuis l'âge de onze ans » ; § 2 : « Dans les mêmes conditions, la nationalité française peut être réclamée, au nom de l'enfant mineur né en France de parents étrangers, à partir de l'âge de treize ans, la condition de résidence habituelle en France devant alors être remplie à partir de l'âge de huit ans. Le consentement du mineur est requis, sauf s'il est empêché d'exprimer sa volonté par une altération de ses facultés mentales ou corporelles constatée selon les modalités prévues au troisième alinéa de l'article 17-3 »). L'article 2493 dispose ainsi : « Pour un enfant né à Mayotte, le premier alinéa de l'article 21-7 et l'article 21-11 ne sont applicables que si, à la date de sa naissance, l'un de ses parents au moins résidait en France de manière régulière sous couvert d'un titre de séjour, et de manière ininterrompue depuis plus de trois mois ». En outre, si l'article 2494 § 1 du Code civil prévoit que la disposition précédente est soumise aux dispositions de l'article 17-2 du Code civil qui règlent les conflits de droit transitoire en matière de nationalité, il affirme, dans un second alinéa que « [t]outefois, les articles 21-7 et 21-11 sont applicables à l'enfant né à Mayotte de parents étrangers avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, si l'un des parents justifie avoir résidé en France de manière régulière pendant la période de cinq ans mentionnée aux mêmes articles 21-7 et 21-11 » (c'est nous qui soulignons). Ainsi, la définition des conditions d'acquisition de la nationalité française par l'enfant, en prenant en compte les conditions de séjour de ses parents au moment de sa naissance, a directement pour but de décourager l'immigration irrégulière à Mayotte.

⁷⁴⁵ Sur ce point, voir Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n°s 599-603, pp. 221-222.

⁷⁴⁶ Voir Jacques FOYER, Rapport au nom de la commission de l'Assemblée nationale sur le projet de loi sur la nationalité française, 1^{ère} session ordinaire 1972-1973, séance du 2 octobre 1972, p 2, cité par Amélie Dionisi-Peyrusse, *op. cit.*, n° 600, pp. 221-222 ; Marceau LONG, *Être français aujourd'hui et demain*, Rapport de la commission de la nationalité présenté par M. Long, président, au Premier ministre, 1988, Union générale d'éditions, spéc. t. II, p. 98, cité par Amélie Dionisi-Peyrusse, *op. cit.*, n° 601, p. 222 ; Patrick WEIL, « Des conditions d'application du principe du droit du sol pour l'attribution de la nationalité française », in *Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1997, cité par Amélie Dionisi-Peyrusse, *op. cit.*, n° 602, p. 222.

globalement au détriment d'une conception exclusivement régaliennne du droit de la nationalité »⁷⁴⁷.

En effet, si l'État détermine souverainement ses nationaux, cette détermination n'est, en général et de manière universelle⁷⁴⁸, pas arbitraire ; elle repose sur des conditions préétablies qui, au travers d'une version renouvelée du binôme formé par le *jus sanguinis* et le *jus soli*⁷⁴⁹, sont puisées dans les liens familiaux et sociaux qu'entretient l'individu⁷⁵⁰. Ces conditions ont ceci de particulier qu'elles traduisent des liens étroits entre l'individu et l'État concernés sans que le lien soit nécessairement direct et sans qu'il résulte de l'idée d'allégeance. En effet, d'une part, la prise en compte des liens familiaux conduit à prévoir que la nationalité s'attribue ou s'acquiert respectivement par filiation ou par mariage. Ce mode d'accès à la nationalité est en général justifié par le rôle de la famille dans la transmission de la culture⁷⁵¹, dont le droit et en particulier le droit de la famille est partie intégrante, et par l'idée simple selon laquelle « [i]l est plus fréquent de vivre dans l'État auquel on est rattaché par la nationalité » et « au même endroit que sa famille »⁷⁵². Du point de vue de la protection de l'essence de la personne, les liens de famille étant un élément fondamental de la construction de l'identité civile et personnelle, de

⁷⁴⁷ *Être français aujourd'hui et demain*, *op. cit.*, *loc. cit.*, cité par Amélie Dionisi-Peyrusse, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁴⁸ Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 775, p. 283.

⁷⁴⁹ *Ibid.*

⁷⁵⁰ L'importance de ces liens dans la détermination de la nationalité d'un individu sort renforcée de la loi du 22 juillet 1993 qui marque un recul des pouvoirs de l'exécutif en la matière (sur cette évolution, voir Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n°s 604-611, pp. 223-226 ; Paul LAGARDE, *op. cit.*, n°s 25-28, pp. 558-562). D'une part, ce texte limite le pouvoir d'opposition du gouvernement en matière d'acquisition de la nationalité française à deux cas : la commission de l'une des infractions pénales énumérées à l'article 21-27 § 1 du Code civil et l'existence « soit d'un arrêté d'expulsion non expressément rapporté ou abrogé, soit d'une interdiction du territoire français non entièrement exécutée » (article 21-27 § 2 du Code civil, ancien article 79 du Code de la nationalité). L'opposition n'est plus possible, *si les conditions d'acquisition de la nationalité française sont par ailleurs réunies*, en raison du défaut d'assimilation ou de l'indignité de l'intéressé, sauf dans le cas d'une acquisition par mariage (article 21-4 du Code civil). D'autre part, obligation est désormais faite à l'administration de *motiver ses décisions de rejet* des demandes de naturalisation ou de réintégration, ou d'autorisation de perte de la nationalité française (article 27 du Code civil, ancien article 110 du Code de la nationalité. Auparavant, l'obligation de motivation ne pesait sur elle que pour les décisions d'irrecevabilité, pour lesquelles un recours pour excès de pouvoir était ouvert devant le juge administratif), domaines dans lesquels l'État dispose traditionnellement de pouvoirs discrétionnaires (la nature de ces pouvoirs s'explique par le fait que « [l]a naturalisation est traditionnellement considérée comme une faveur accordée par l'État » et « [l]a réintégration obéit au même régime » : Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 605, p. 223). Ces décisions n'échappaient auparavant pas à tout contrôle du juge administratif, le Conseil d'État ayant admis dans l'arrêt *Carjaville* (CE, 27 mai 1983, *Carjaville*, *Rec. Lebon*, 1983, p. 219 ; *Gaz. Pal.*, 1984, n° 1, somm., p. 140) la possibilité pour le juge de procéder à un contrôle restreint – limité à l'erreur de fait, à l'erreur de droit, à l'erreur manifeste d'appréciation et au détournement de pouvoir – et d'exiger dans ce cadre « les raisons de fait et de droit sur lesquelles sont fondées de telles décisions ». La loi de 1993 facilite ainsi le contrôle des décisions de rejet et contribue à encadrer les pouvoirs de l'État en la matière, mouvement conforté par la loi du 16 mars 1998 (loi n° 98-170 relative à la nationalité, *JORF*, 17 mars 1998, p. 3935) qui aligne le régime de la motivation de ces décisions sur celui des autres actes administratifs fixé par la loi du 11 juillet 1979 (loi n° 79-587 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, *JORF*, 12 juillet 1979, p. 1711). Certains auteurs perçoivent dans cette évolution une remise en cause indirecte du pouvoir discrétionnaire du gouvernement (en ce sens, voir Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 610, p. 225, et les auteurs cités). Il est, en tout état de cause, au moins possible de constater que l'intérêt de l'État ne constitue plus l'alpha et l'oméga du droit de la nationalité.

⁷⁵¹ Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 778, p. 284.

⁷⁵² *Op. cit.*, n° 779, p. 285.

même que la nationalité⁷⁵³, il paraît logique que les premiers jouent un rôle dans la détermination de la seconde. D'autre part, les liens sociaux tendent à introduire dans la détermination de la nationalité des considérations relatives à l'intégration de l'individu à son « milieu de vie », en définissant des critères résultant de différentes combinaisons entre la naissance et la résidence sur le territoire de l'État⁷⁵⁴ : naissance seule (règle du simple *jus soli*), résidence d'une certaine durée sur le territoire, naissance couplée à une résidence d'une certaine durée sur le territoire, naissance sur le territoire d'un enfant né de parents eux-mêmes nés sur le territoire (règle du double *jus soli*)⁷⁵⁵. L'évolution du droit de la nationalité en France et en droit comparé tend par ailleurs à renforcer l'idée d'intégration comme fondement des liens territoriaux. Ainsi, au même titre que le droit français qui n'accorde la nationalité française en cas de seule naissance sur le territoire que dans des circonstances exceptionnelles⁷⁵⁶, il a été constaté que les États qui appliquaient le *jus soli* simple et automatique ont finalement durci les conditions d'accès à la nationalité par la naissance, invoquant la forte immigration que le premier principe encourageait⁷⁵⁷.

Par ailleurs, l'idée d'intégration tend également à influencer la prise en compte des liens familiaux, dans le but d'assurer que la nationalité transmise *jure sanguinis* ou par le mariage corresponde à des liens effectifs avec l'État national. C'est tout l'esprit de la perte de la nationalité française par expatriation ou « désuétude », introduite en droit français dès 1804 et figurant aujourd'hui à l'article 30-3 § 1 du Code civil, dont le contentieux concerne principalement les nationaux des anciennes colonies françaises tentant de prouver leur nationalité française en invoquant celle d'au moins un de leurs ascendants. Aux termes de cette disposition, « [l]orsqu'un individu réside ou a résidé habituellement à l'étranger, où les ascendants dont il tient par filiation la nationalité sont demeurés fixés pendant plus d'un demi-siècle, cet individu ne sera pas admis à faire la preuve qu'il a, par filiation, la nationalité française si lui-même et celui de ses père et mère qui a été susceptible de la lui transmettre n'ont pas eu la possession d'état de Français ». L'alinéa suivant précise que « [l]e tribunal devra dans ce cas constater la perte de la nationalité française, dans les termes de l'article 23-6 ». La

⁷⁵³ Sur ce point, voir *supra*, n^{os} 48-50.

⁷⁵⁴ Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n^{os} 789-800, pp. 289-295.

⁷⁵⁵ En droit français, ces critères fondent respectivement les règles des articles 19 et 19-1, 21-17, 21-7 § 1 et 21-11, 19-3 du Code civil.

⁷⁵⁶ En droit français, la seule naissance en France ne permet d'attribuer la nationalité française automatiquement à la naissance que dans les cas où l'enfant est né en France de parents inconnus, apatrides, ou étrangers dont la loi nationale ne permet pas la transmission de la nationalité *jure sanguinis*. Dans les autres cas, la naissance peut permettre l'acquisition de la nationalité française si elle est couplée à une résidence en France, et la volonté de l'intéressé peut jouer un rôle sur le moment de cette acquisition.

⁷⁵⁷ Prenant l'exemple du Royaume-Uni mais constatant une tendance générale, Patrick WEIL, « L'accès à la citoyenneté : une comparaison de vingt-cinq lois sur la nationalité », in *Nationalité et citoyenneté, nouvelle donne d'un espace européen*, Travaux du centre d'études et de prévision du Ministère de l'Intérieur, mai 2002, n^o 5, pp. 9-28, spéc. p. 19.

filiation ne suffit plus ici à faire la preuve de l'attribution de la nationalité française⁷⁵⁸ si elle ne concorde pas avec la possession d'état de Français de l'individu résidant à l'étranger, dont les ascendants y résident depuis plus de cinquante ans, et de ces derniers. Cet article, tout en relativisant l'importance de la nationalité attribuée *jure sanguinis* en cas de défaut d'effectivité montre également que les liens du sang peuvent suffire à constituer un lien effectif avec l'État national. En effet, *a contrario*, l'individu, français par filiation, qui réside à l'étranger et dont l'ascendant qui lui a transmis la nationalité française réside à l'étranger depuis plus de cinquante ans, peut être admis à faire la preuve de sa nationalité française s'il a, comme celui qui la lui a transmise, la possession d'état de Français.

La prise en compte de l'effectivité de la relation entre l'individu et l'État fonde aussi l'évolution de nombreuses législations sur l'acquisition de la nationalité par le mariage. L'automatisme d'une telle acquisition est en net recul⁷⁵⁹ et « les délais exigés avant qu'un étranger puisse demander la nationalité de son conjoint ont été rallongés »⁷⁶⁰, si bien que ce mode d'accès à la nationalité pourrait tendre vers une confusion avec l'acquisition par la résidence de l'intéressé dans l'État dont il souhaite devenir le national. En droit français, l'acquisition de la nationalité par mariage est toujours possible, en cas de volonté de l'intéressé, même à défaut de résidence en France, si le conjoint français a maintenu sa nationalité et que la communauté de vie entre les époux n'a pas été rompue pendant cinq ans et si le conjoint étranger justifie d'une connaissance de la langue française⁷⁶¹. La résidence ininterrompue et régulière en France pendant au moins trois ans à compter du mariage permet de procéder à la déclaration de nationalité française au bout de quatre ans. Certains auteurs incitent le législateur à aller plus loin en supprimant la possibilité pour un étranger marié avec un Français d'acquérir la nationalité française à défaut de résidence en France⁷⁶². Une telle solution, qui semble avoir été adoptée largement en droit comparé⁷⁶³, assurerait l'existence de *liens personnels directs* entre le conjoint étranger et l'État et dont l'effectivité serait plus évidente qu'elle ne l'est aujourd'hui dans certaines situations.

L'ensemble de ces critères tend à montrer que le droit s'efforce de faire correspondre la nationalité de droit à la nationalité vécue – nationalité de fait –, phénomène qui semble être

⁷⁵⁸ Sur l'analyse de cette disposition sur le terrain probatoire plutôt que sur celui de la prescription, voir Paris, 21 février 2017, n° 15/17134 : « les dispositions de l'article 30-3 du Code civil [...] ne constituent pas un délai de prescription de l'action mais ont trait au régime probatoire de la nationalité française ».

⁷⁵⁹ Patrick WEIL, *op. cit.*, pp. 20-21. L'auteur constate que sur les vingt-cinq États qui font l'objet de son étude, « tous ceux dont la loi sur la nationalité contenait une disposition prévoyant l'acquisition automatique de la nationalité par le mariage l'ont abrogée au cours des quarante dernières années » (*op. cit.*, p. 20). L'article 21-1 du Code civil prévoit aujourd'hui que « [l]e mariage n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité ».

⁷⁶⁰ *Op. cit.*, p. 21.

⁷⁶¹ Article 21-2 du Code civil.

⁷⁶² Paul LAGARDE, *op. cit.*, n° 20, p. 555 ; Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 786, p. 288.

⁷⁶³ Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, *loc. cit.*, et le rapport cité.

encouragé à la fois en droit international et en droit interne. S'agissant du droit international, il convient de rappeler la définition de la nationalité donnée par la Cour internationale de justice dans son arrêt *Nottebohm* : la Cour affirme que « [s]elon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique *ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs*. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État »⁷⁶⁴. La généralité de la formule, qui définit la nationalité *en elle-même*, et non « la nationalité effective » pour les seuls besoins de la résolution du conflit de nationalités, semble autoriser à se référer à cette définition en dehors du cadre de la protection diplomatique⁷⁶⁵ dans lequel la juridiction internationale a voulu enfermer sa décision⁷⁶⁶. En droit interne, le souci de faire correspondre nationalité de droit et nationalité de fait est déjà constaté par Batiffol dans ses *Aspects philosophiques*, qui y voit une composante de « l'esprit de notre droit »⁷⁶⁷.

140. Conclusion. – Transition. – Cette coïncidence conduit d'une part à considérer que le lien de nationalité est d'abord un « lien de rattachement, un lien [...] de nature objective »⁷⁶⁸ qui ne repose pas sur la seule souveraineté de l'État, à tel point qu'il a été proposé de faire reposer entièrement la détermination de la nationalité sur des considérations objectives⁷⁶⁹. Mais d'autre part, elle incite à observer que la nationalité repose sur un lien d'appartenance et, ainsi, « ne relie pas seulement un individu à un État, mais une personne à une communauté »⁷⁷⁰,

⁷⁶⁴ CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm*, Rec. CIJ, 1955, p. 4, spéc. p. 23.

⁷⁶⁵ En ce sens, préconisant de ne pas « accorder une attention démesurée » à la « délimitation de la problématique par la Cour », voir Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 637, p. 234.

⁷⁶⁶ Arrêt *Nottebohm*, précité, p. 17 : « La Cour n'entend pas sortir du cadre limité de la question qu'il faut résoudre, à savoir, si la nationalité conférée à Nottebohm peut être invoquée vis-à-vis du Guatemala pour justifier la présente procédure ».

⁷⁶⁷ Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, n° 95, p. 211.

⁷⁶⁸ Sur cette notion, voir Hugues FULCHIRON, « La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité », *Trav. com. fr. DIP*, 1998-2000, *op. cit.*, p. 184.

⁷⁶⁹ C'est la proposition formulée par Amélie Dionisi-Peyrusse dans sa thèse (*Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, *op. cit.*) qui prône une recherche objective de la nationalité d'un individu « par le moyen de l'effectivité » (*op. cit.*, n°s 696-702, pp. 258-259). L'auteure ne néglige pas les éléments qui traduisent un lien d'allégeance entre l'individu et l'État ; elle définit au contraire l'effectivité comme « effectivité d'allégeance » (*op. cit.*, n° 699, p. 259) et considère que « l'existence d'éléments de proximité envers un État fait présumer que c'est lui qui exerce sa souveraineté » (*op. cit.*, n° 701, p. 259). L'allégeance est ainsi constatée objectivement ; elle ne constitue plus le mode de détermination de la nationalité mais n'en est plus que le support. Selon cette thèse, la réduction des effets de la nationalité étant lié à son mode traditionnel de détermination (*op. cit.*, n° 547, p. 201), l'adoption d'une détermination objective de la nationalité pourrait conduire à une revalorisation du critère, notamment en matière de statut personnel.

⁷⁷⁰ Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 177. Voir aussi en ce sens, Olivier LECUCQ, « Propos introductifs. Nationalité et citoyenneté », in *Nationalité et citoyenneté. Perspectives de droit comparé, droit européen et droit international*, *op. cit.*, p. 15, citant Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ?*, Folio-Histoire, Gallimard, 2004, p. 13 et p. 14 : « la nationalité "c'est du droit", c'est-à-dire un lien juridique par lequel sont désignés les membres de la population constitutive de l'État. Mais la nationalité, c'est aussi un critère de rattachement à une communauté humaine, et le

dans laquelle ou contre laquelle l'individu se construit, ce qui explique la place donnée à la volonté de l'individu dans les critères de détermination de la nationalité⁷⁷¹. Si l'on peut considérer que la nationalité est d'abord un lien juridique, un lien de rattachement⁷⁷², il apparaît que c'est le concours de ces deux dimensions qui justifie fondamentalement le rattachement du statut personnel, et en particulier des relations familiales, à la nationalité des intéressés.

B. Le rattachement à la nationalité, vecteur de la construction de l'identité de la personne

141. Les discussions relatives au fondement du critère de rattachement ont un temps éclipsé l'objectif de la catégorie, si bien que le déclin du principe de souveraineté, présenté comme le fondement traditionnel du statut personnel, s'est aussi accompagné de l'idée selon laquelle la nécessité de permanence et le respect de l'identité ont été supplantés, du fait de l'accroissement des mouvements migratoires, par la nécessité d'adaptation du statut des personnes en fonction du changement de pays et celle de favoriser l'intégration des étrangers dans les pays d'accueil⁷⁷³, que favoriserait un critère fondé sur le principe de proximité. En particulier, la dimension politique de ce dernier objectif a conduit à négliger les arguments favorables au maintien du critère de la nationalité. Pourtant, il nous paraît au contraire que les moyens d'assurer la stabilité des relations familiales et ainsi de préserver l'essence de la personne doivent être renforcés dans un contexte de circulation des personnes⁷⁷⁴. Le recul des considérations de souveraineté à la fois dans la définition de la nationalité et dans les éléments à prendre en compte pour déterminer le rattachement du droit international privé de la famille, s'il fait de la nationalité un critère de rattachement parmi d'autres, ne lui retire pas pour autant ses avantages propres.

142. Relativisation de l'opposition entre principe de proximité et principe de souveraineté en tant que fondement des critères de rattachement. – Le principe de

reflet le plus souvent de l'idée que se fait la communauté humaine de référence d'elle-même, c'est-à-dire l'idée qu'elle se fait de sa propre singularité, en un mot de sa propre "identité". En d'autres termes, la nationalité c'est aussi "de la politique", et de la politique qui nous dit combien il est difficile de concevoir cette notion de manière désincarnée ».

⁷⁷¹ Sur ce point, voir Henri BATIFFOL, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁷² En ce sens, voir Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 207, p. 75 : « la nationalité n'est pas un lien sentimental reflétant l'appartenance à une nation mais un concept produisant des effets juridiques traduisant l'appartenance à un État ».

⁷⁷³ En ce sens, voir Étienne PATAUT, *La nationalité en déclin*, *op. cit.*, p. 38. Voir également Jean DÉPREZ, *op. cit.*, n° 95, p. 202.

⁷⁷⁴ En ce sens, voir Hélène GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel). Cours général », *RCADI*, vol. 312, 2005, pp. 1-488, spéc. n° 185, p. 201 ; Lukas RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, th. dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 2015, 819 p., spéc. n°s 813-824, pp. 633-641. Voir également, soulignant que la « vocation du rattachement [du statut personnel] à la stabilité » n'a pas disparu, Louis D'AVOUT, *op. cit.*, n° 17, p. 37 ; *contra*, affirmant que « la permanence n'est plus le cœur du statut de la personne », Étienne PATAUT, *op. cit.*, p. 39.

proximité, tel que développé par Paul Lagarde⁷⁷⁵, s'apparente d'abord à une méthode, opposée à la localisation savignienne du siège du rapport de droit en fonction de sa nature, avant d'être le fondement d'un critère de rattachement d'une règle de conflit : il commande de rechercher, à partir de l'ensemble des éléments de la situation, l'État avec lequel la situation a les liens les plus étroits. La méthode ne trouve pour l'heure pas d'application autonome en droit positif, puisque, notamment en raison de l'insécurité juridique qu'elle risque de provoquer, « c'est la rigidité qui prévaut »⁷⁷⁶. Elle ne perçoit en tant que telle qu'au travers du mécanisme correcteur que représente la clause d'exception⁷⁷⁷, qui commande la mise à l'écart de la loi désignée par la règle de conflit classique lorsque la loi d'un autre État entretient avec la situation des liens plus étroits⁷⁷⁸. Mais le principe de proximité s'infiltre au sein de la méthode localisatrice notamment lorsqu'elle inspire les fondements des critères de rattachement retenus, en particulier ceux des critères territoriaux qui se répandent dans tous les domaines du conflit de lois : domicile, selon la définition qui en est adoptée, mais surtout résidence habituelle, dont le caractère fonctionnel autorise, selon l'avis répandu⁷⁷⁹, l'absence de définition *a priori*. Pour sa part, le principe de souveraineté oriente, sur le plan de la méthode, vers l'unilatéralisme des règles de conflit et les lois de police ; il a par ailleurs, au sein de la méthode savignienne, longtemps servi de fondement au rattachement à la nationalité ou au domicile et dicté les solutions à adopter en cas de conflit de nationalités⁷⁸⁰.

Principe de souveraineté et principe de proximité s'opposent ainsi frontalement sur le plan du choix de la *méthode*. Mais, en tant qu'ils inspirent les *fondements des critères de rattachement*, ni le principe de proximité ni le principe de souveraineté n'ont vocation à l'exclusivité. Cela est apparu assez nettement en ce qui concerne le domicile⁷⁸¹, tandis que la résidence habituelle et la nationalité ont semblé relever exclusivement du principe de proximité pour l'un et du principe de souveraineté pour l'autre. Pourtant, de même que toute considération souverainiste n'est pas étrangère à la concordance fréquente des compétences juridictionnelle et législative qui résulte du choix de la résidence habituelle⁷⁸², des considérations proximitistes

⁷⁷⁵ Paul LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *op. cit.*

⁷⁷⁶ *Op. cit.*, n° 152, p. 150.

⁷⁷⁷ Sur ce point, voir Pauline RÉMY-CORLAY, *Étude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois : application en droit des contrats et des délits*, th. dactyl., Université de Poitiers, 1997, 1234 p.

⁷⁷⁸ Pour une illustration, voir l'article 4 § 3 du Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I » ; article 19 de la loi belge du 16 juillet 2004 portant Code de droit international privé (*Moniteur belge*, 27 juillet 2004).

⁷⁷⁹ Sur ce point, voir Myriam HUNTER-HÉNIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, PUAM, 2004, 601 p. ; Anne RICHEL-PONS, *La résidence en droit international privé : conflits de juridictions et conflits de lois*, th. dactyl., Université Jean Moulin Lyon III, 2004, 552 p.

⁷⁸⁰ Sur ce point, voir *supra*, n°s 104-115.

⁷⁸¹ Voir *supra*, n°s 117-136.

⁷⁸² Sur les considérations souverainistes qui sous-tendent le choix d'un critère territorial correspondant souvent au critère local, voir *supra*, n°s 132-133.

peuvent être prises en compte au soutien du rattachement à la nationalité en matière familiale. Le déclin du principe de souveraineté en droit international privé aussi bien que les liens sur lesquels repose largement la détermination de la nationalité en droit comparé⁷⁸³ permettent d'envisager le rattachement du statut familial ou du droit international privé de la famille à la nationalité du point de vue de l'intérêt des parties et non plus de celui de l'État. C'est en particulier la double nature de la nationalité, lien de rattachement et lien d'appartenance, qui autorise à concevoir un critère de rattachement reposant sur des fondements mêlant des considérations de souveraineté et des considérations proximates, concourant toutes à la protection de l'essence de la personne au travers de la préservation de son identité, sans se réclamer exclusivement de l'un ou l'autre des principes dont elles dérivent.

143. Renouveau de la fonction du rattachement à la nationalité. – L'irruption des considérations liées à l'identité culturelle des individus en droit autorise une relecture du rattachement à la nationalité plus conforme à la conception privatiste du droit international privé⁷⁸⁴. Cette relecture concerne d'abord l'objet même de la permanence, vertu principale prêtée à ce critère : il ne s'agit pas d'assurer à titre principal la permanence de l'autorité de la loi mais celle de l'essence de la personne au travers de la protection des éléments constitutifs de son identité. Le droit de la famille a pour objet l'établissement de liens durables entre les individus et ayant vocation à produire des effets à plus ou moins long terme, il participe directement de la construction de l'identité de la personne⁷⁸⁵. La relation entre l'identité de la personne et la permanence de la loi applicable est ainsi double : la permanence est tout « autant [...] fondée sur l'identité à elle-même de la personne, que *constructrice* chez le sujet de son propre sentiment d'identité »⁷⁸⁶. Dès lors, le rattachement à la nationalité mérite de retenir l'attention à un double titre. D'une part, il constitue un rattachement significatif du point de vue de l'identité, assurant largement la coïncidence entre les éléments auxquels l'individu s'est personnellement référé dans le cadre de sa construction personnelle et ceux qui sont reconnus par le droit, permettant ainsi réellement la désignation d'une loi personnelle⁷⁸⁷. D'autre part, il

⁷⁸³ Sur ces liens, voir *supra*, n^{os} 139-140.

⁷⁸⁴ Sur ce point, voir Erik JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, vol. 251, pp. 1-267, spéc. p. 167.

⁷⁸⁵ Voir à ce sujet Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *Droit international privé*, LGDJ, Lextenso éditions, 12^{ème} éd., 2019, 790 p., spéc. note 5, p. 367 : « On peut donc trouver injuste que l'idée d'une nécessaire soumission au législateur national, même préservée des excès du personnalisme, ait pu paraître "sentimentale" plus que rationnelle. Car affirmer qu'une solution est fondée sur le sentiment est, dans cette matière, un argument majeur – et parfaitement rationnel – pour la maintenir ».

⁷⁸⁶ Daniel GUTMANN, *op. cit.*, n^o 449, pp. 376-377. C'est l'auteur qui souligne.

⁷⁸⁷ Sur ce point, voir l'intervention de Berthold Goldman à la suite de la communication de Marthe SIMON-DEPITRE, « La protection des mineurs en droit international privé, après l'arrêt *Boll* de la Cour internationale de justice », *Trav. com. fr. DIP*, 1960-1962, pp. 109-138, spéc. p. 134.

permet de préserver, hors des cas de plurinationalité sur lesquels nous reviendrons, l'unité d'un statut familial significatif.

En effet, la protection de l'essence de la personne n'est pas assurée que par le biais de la stabilité de la loi applicable mais également par la force du lien existant entre l'individu et l'État, qui contribue à façonner l'identité de la personne et donc la personne elle-même. Dès lors, un rattachement à la résidence habituelle, même située temporellement, n'est pas propre à assurer une telle protection, en raison de son caractère par nature temporaire et des hésitations qu'elle fait naître. Bien que la résidence habituelle doive être caractérisée par des éléments concrets caractéristiques du milieu de vie de l'individu et qu'elle puisse, *de facto*, se prolonger sur une longue durée, le succès de ce critère territorial, de manière générale aussi bien qu'en lieu et place du domicile, s'explique par son immédiateté⁷⁸⁸ et sa flexibilité. La résidence habituelle est censée faciliter la circulation des personnes, parce qu'elle peut s'adapter aux installations successives d'un individu dans des États différents. Sa caractérisation se veut donc simple et ne traduit qu'une attache superficielle de l'individu à l'État, destinée à disparaître lors d'un déplacement futur⁷⁸⁹. De tels liens ne sont qu'anecdotiques du point de vue de la construction de l'identité de la personne. S'agissant de la constitution des liens de famille, qui relève encore du droit international privé commun en France comme dans les autres États européens, ils semblent ainsi représenter un obstacle important au rattachement à la loi de la résidence habituelle de l'individu au moment de la création du lien.

Il a pu être affirmé, à la faveur des incursions du droit international privé conventionnel et communautaire en la matière, que de telles considérations au soutien du rattachement de la constitution des situations familiales à la loi nationale ont moins de poids s'agissant des effets de cette situation. Ceux-ci n'exigeraient qu'une prévisibilité relative qui « concerne [...] 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 »⁷⁹⁰. Cette conception nous semble cependant par trop utilitariste⁷⁹¹, en ce que, dans le sens où l'entendent Michel Villey et Yves Lequette, « "seule compte l'efficience", c'est-à-dire la satisfaction de l'intérêt immédiat qu'on

⁷⁸⁸ Sur ce point, voir Ibrahim FADLALLAH, V° « Statut personnel », *Répertoire de droit international*, Dalloz, septembre 2003, n° 19.

⁷⁸⁹ Sur ce point, voir Hélène GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n° 332, pp. 305-306 ; Lukas RASS-MASSON, *op. cit.*, n° 815, p. 634.

⁷⁹⁰ Lukas RASS-MASSON, *op. cit.*, n° 825, p. 641.

⁷⁹¹ Sur cette notion, voir Yves LEQUETTE, « De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille », in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, pp. 245-263 ; du même auteur, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, vol. 246, 1994, pp. 1-233.

a en vue »⁷⁹². Elle présente ainsi les deux traits caractéristiques mis en évidence par M. Lequette : elle « isol[e] [...] une question limitée à propos de laquelle se rencontre un besoin jugé manifeste et s'efforce [...] de lui apporter des solutions propres en faisant abstraction des liens qu'elle entretient avec d'autres matières ainsi que de la justice du droit international privé »⁷⁹³. En particulier, elle nous paraît fondée sur une vision excessivement tranchée de la distinction entre la constitution d'une situation et ses effets, au mépris des liaisons systémiques⁷⁹⁴ qui existent entre les deux catégories. La tendance n'est pas nouvelle et a largement conduit au démantèlement du statut personnel, les effets de la relation familiale étant extraits un à un de la catégorie. Pourtant, si l'on envisage la question du point de vue de la construction de la personne, il nous paraît difficile de négliger le fait que les effets d'une institution participent de sa définition en droit interne. Ainsi, comme l'a souligné Ibrahim Fadlallah, « les effets du mariage paraissent dessiner, d'un système à l'autre, les diverses conceptions de la structure et du rôle du groupe familial »⁷⁹⁵. Les effets du mariage, comme les effets de la filiation, contribuent à concrétiser sur le plan juridique une vision sociale de la famille : les liens et responsabilités esquissés par l'articulation des effets de ces institutions influent sur les comportements de la personne – se marier ou non, avoir des enfants ou non, divorcer ou non. Ils affectent donc la construction de la personne en la situant dans un groupe familial et plus largement dans un groupe social. La préservation de ces liaisons – entre les institutions du droit de la famille, et entre leur mode de constitution et leurs effets – en droit international privé paraît donc déterminante au regard de l'objectif de protection de l'essence de la personne, et l'application de la loi nationale des intéressés tout indiquée, en dehors des cas de plurinationalité, pour y parvenir⁷⁹⁶. Dans cette hypothèse, les arguments favorables à

⁷⁹² Yves LEQUETTE, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *op. cit.*, n° 18, p. 35, citant Michel Villey, « Critique de l'utilitarisme juridique », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 1981, pp. 166-174, spéc. p. 168.

⁷⁹³ Yves LEQUETTE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁹⁴ Sur ce point, voir Henri BATIFFOL, *op. cit.*, notamment n° 10, p. 25 : « Le problème des conflits de lois montre ainsi sur le vif comment le droit privé d'un pays forme un ensemble : on découpe dans cet ensemble des éléments déterminés parce que la situation considérée ne le concerne que sous un de ses aspects ; mais on risque d'aboutir à des incohérences du fait que l'élément ainsi isolé était solidaire d'un autre » ; Yves LEQUETTE, « Ensembles législatifs et droit international privé des successions », *Trav. com. fr. DIP*, 1982-1984, pp. 163-192, spéc. p. 164 : « à défaut de respect de ces liaisons, le traitement de la relation juridique par le droit international privé risque de déboucher sur des incohérences majeures. Afin de les éviter il faut d'abord essayer de respecter le caractère systématique du droit au stade de l'élaboration de la règle de conflit. Il faut pour cela concevoir des règles de conflit qui ne dispersent pas entre plusieurs lois, des ensembles conçus pour être cohérents. À cet effet, les catégories doivent être construites de manière synthétique à partir de l'articulation systématique du droit interne et non de manière analytique par simple addition des règles en quelques groupes. Il faut ensuite si des ruptures se produisent — et il s'en produira nécessairement car on ne peut bien souvent maintenir la cohérence d'un ensemble qu'au détriment de celle d'un autre — mettre sur pied des remèdes appropriés ».

⁷⁹⁵ Ibrahim FADLALLAH, *La famille légitime et le droit international privé (Le domaine de la loi applicable aux effets du mariage)*, Dalloz, 1977, ix-393 p., spéc. n° 2, p. 2.

⁷⁹⁶ En ce sens, voir Hélène GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n° 185, p. 201.

l'application de la loi de la résidence habituelle, reposant sur l'immédiateté et l'opportunité pour le juge saisi d'appliquer sa propre loi, nous semblent contingents.

144. Renouvellement du sens du rattachement à la nationalité. – En lien avec la lecture nouvelle des fonctions du rattachement à la nationalité, c'est sa signification qui peut, au travers de la prise en compte de l'identité des individus, également faire l'objet d'une appréciation renouvelée par rapport à celle qui a prévalu sous l'influence du principe de souveraineté. Comme le souligne Jürgen Basedow, alors que le critère a longtemps été perçu comme un moyen pour l'État d'affirmer sa compétence personnelle au-delà de ses frontières⁷⁹⁷, « dans un sens moins offensif, la nationalité est aussi un indice d'un lien de proximité entre une personne et un État »⁷⁹⁸. Cette proximité peut être à la fois territoriale, correspondre à des éléments matériels relevant du milieu de vie de l'intéressé, et affective, la nationalité étant un critère qui « manifeste que la "localisation" du rapport de droit peut se faire autrement que dans l'espace. Le siège du rapport de droit n'est pas nécessairement un lieu géographique, il doit indiquer l'ordre juridique auquel "appartient" le rapport de droit. Ce rapport d'appartenance se concrétise souvent par une localisation géographique mais pas nécessairement et, précisément, en matière de statut personnel, la localisation purement spatiale n'est pas forcément opportune »⁷⁹⁹. Certes, l'on a pu affirmer que le milieu de vie d'une personne, constitué par le domicile dans un État différent de celui de sa nationalité est un élément qui concourt à la construction personnelle d'un individu et qui justifie dès lors l'adoption de principe du critère du domicile pour régir les situations familiales. Mais deux arguments peuvent être invoqués pour montrer que la nationalité n'est pas moins adaptée à la protection de l'essence de la personne⁸⁰⁰.

D'une part, l'intériorisation des normes et de la culture de l'État du domicile du seul fait de l'installation durable ne nous paraît pas pouvoir être généralisée de manière assez certaine pour justifier le passage du critère de la nationalité à celui du domicile en la matière. Bien plus, il nous semble qu'une telle évolution varie d'un individu à l'autre, rendant impossible une généralisation. Le critère de la nationalité apparaît plus certain du point de vue de la construction de la personne. Il convient certes de se garder d'une confusion entre nationalité, nation et culture. Ainsi, pour Amélie Dionisi-Peyrusse, « lier le maintien avec la culture d'origine à la possession d'une nationalité sous-entend que culture, religion... sont liées à l'État. Si l'on poursuit ce raisonnement, on refuse par là même que l'on puisse changer de

⁷⁹⁷ Sur ce point, voir *supra*, n^{os} 93-96.

⁷⁹⁸ Jürgen BASEDOW, « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », *RCDIP*, 2010, pp. 427-456, spéc. p. 448.

⁷⁹⁹ Hélène GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁰⁰ En ce sens, voir Hélène GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n^o 457, pp. 399-400 : « Le statut personnel me semble davantage lié aux "racines" de l'individu et donc à sa nationalité qu'à l'endroit où il vit, même s'il y est fixé de façon stable ».

nationalité sans changer de culture et de religion. Il y a là une contradiction qui montre à quel point la nationalité est aujourd'hui utilisée pour traduire différentes appartenances qui ne correspondent pas toujours à sa définition juridique, avec les risques d'inadaptation que cela comporte »⁸⁰¹. Mais, si, avec l'auteure, il nous semble que l'on ne puisse établir un lien indéfectible entre changement de nationalité et perte de la culture d'origine, il nous paraît à tout le moins que, « [e]n tant que le Droit est l'expression des choix politiques, économiques, et culturels d'une société »⁸⁰², la naturalisation peut constituer un indicateur d'une adhésion à un mode de vie, à des valeurs, qui structurent l'individu. Bien plus, l'individu qui ne se sent plus lié à sa culture d'origine peut, à condition de justifier de la réalité de ses liens avec l'État dans lequel il s'est installé⁸⁰³, demander à être naturalisé⁸⁰⁴. Ainsi, si l'individu a demandé et obtenu la nationalité de l'État d'accueil, il est possible d'en déduire une certaine adhésion à son milieu de vie⁸⁰⁵. Si l'individu n'a pas la nationalité de l'État d'accueil, de deux choses l'une. Soit il ne remplit pas les conditions posées par le droit de la nationalité de l'État ; dans ce cas, il nous paraît contradictoire de vouloir imposer *au nom de son intégration* l'application du droit de cet État pour régir les relations familiales d'une personne que l'État même n'est pas prêt à reconnaître comme son national *malgré son intégration*. Soit il en remplit les conditions mais ne procède pas à une démarche en vue de sa naturalisation et manifeste ainsi qu'il maintient un lien avec sa culture d'origine. Dans ce dernier cas, si l'État d'accueil traite la question sur le terrain de l'intégration, il semble que la démarche la plus respectueuse de la construction personnelle soit de rechercher la solution du côté du droit de la condition des étrangers, et non d'imposer, d'autorité, des normes qui sont également vécues comme des normes culturelles⁸⁰⁶. Avec Hélène Gaudemet-Tallon, il nous paraît en tout état de cause que « c'est l'acquisition de la nationalité qui exprime l'intégration et non l'application de la loi de cette nationalité »⁸⁰⁷.

D'autre part, les défenseurs du rattachement au domicile eux-mêmes paraissent avoir perçu à la fois qu'il est important que le critère de rattachement du statut familial soit lié à la construction de l'identité de la personne et que ce lien s'exprime de manière privilégiée par le rattachement à la nationalité. Cela apparaît très clairement dans la réforme de 1975 qui soumet le divorce à la loi française dès lors que les époux sont soit domiciliés tous deux en France, soit

⁸⁰¹ Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 206, p. 75.

⁸⁰² Marie-Paule PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, PUAM, 2003, 451 p., spéc. n° 394, p. 199.

⁸⁰³ Sur ce point, voir *supra*, n°s 139-140.

⁸⁰⁴ En ce sens, voir Henri BATIFFOL, « Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe continentale », *op. cit.*, p. 222.

⁸⁰⁵ Réserve faite de la fraude et des nationalités fiscales ou par investissement, qui restent des cas minoritaires.

⁸⁰⁶ En ce sens, voir Patrick COURBE, « Le divorce international, premier bilan d'application de l'article 310 du Code civil », *Trav. com. fr. DIP*, 1989-1990, pp. 123-146, spéc. p. 132 ; Hélène GAUDEMET-TALLON, « La désunion du couple en droit international privé », *RCADI*, vol. 226, 1991, pp. 9-279, spéc. n° 57, p. 221.

⁸⁰⁷ Hélène GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, *loc. cit.*

tous deux Français. En présence de Français, la logique de l'intégration de l'individu dans l'État d'accueil cède donc devant l'importance de la loi nationale relative à la construction de l'identité de la personne. Une explication a été fournie par Jean Foyer. Elle est d'autant plus intéressante qu'elle fait du statut personnel une composante du rattachement à l'État national et envisage non pas seulement le cas de Français ayant établi leur domicile à l'étranger mais également celui de Français ayant établi un tel domicile *et ayant acquis la nationalité de l'État d'accueil*. Selon l'auteur, « [l]es deux millions de Français établis à l'étranger n'ont pas perdu l'esprit de retour. Beaucoup assurent dans la nation française un rôle capital, car ils sont les agents du rayonnement de la pensée, art, langue, technique, en un mot de la civilisation française dans le monde. Le changement de rattachement de leur statut personnel risquerait d'être interprété comme une semi-dénaturalisation, alors qu'ils n'entendent pas perdre leur nationalité française même s'ils acquièrent une autre nationalité. Il serait ressenti par les intéressés comme une injustice et plus encore comme une injure. *On ne pouvait y songer* »⁸⁰⁸. La force de l'expression ne dissimule pas le caractère fallacieux de l'argument, d'autant qu'il a été souligné qu'une partie des étrangers vivant en France à cette époque n'avait pas non plus perdu l'esprit de retour. D'un point de vue purement privatiste et s'agissant de la construction de la personne, la différence de traitement ainsi instaurée entre Français et étrangers, qui repose sur des considérations nationalistes, paraît indéfendable. En présence d'un couple de nationalité commune, la loi nationale commune devrait être appliquée, au même titre que la loi française l'est pour des époux tous deux français.

145. Conclusion du paragraphe. – Transition. – Fort d'une meilleure prise en compte des liens personnels de l'individu dans la définition de la nationalité, le rattachement à la nationalité paraît dès lors mieux adapté à une règle de conflit reposant sur des fondements privatistes et soucieuse de la préservation de l'essence de la personne. Cependant, il est nécessaire d'envisager des solutions en cas de plurinationalité, qu'elle concerne le couple ou la structure familiale, ou l'individu seul. Ces solutions existent aujourd'hui, mais elles pourraient à leur tour être appréhendées différemment à l'aune de la protection de l'essence de la personne.

II. La résolution à partir de la protection de l'essence de la personne des difficultés posées par la surdétermination ou la défaillance du rattachement à la nationalité

⁸⁰⁸ Jean FOYER, « Tournant et retour aux sources en droit international privé ? (l'article 310 du Code civil) », *op. cit.*, n° 11. C'est nous qui soulignons. Sur les limites de ce raisonnement, voir Michel FARGE, *op. cit.*, n°s 31-32, pp. 36-36 et n°s 35-37, pp. 37-38.

146. Plan. – Si l'on considère que la catégorie du statut personnel est orientée vers la protection de l'essence de la personne au travers de la recherche de la permanence, c'est à l'aune de cet objectif qu'il convient de rechercher les solutions aux difficultés que le rattachement à la nationalité pourrait présenter. Cela vaut d'une part en cas de défaillance du rattachement du fait de son inexistence (A) et d'autre part dans le cas d'un conflit positif de nationalités (B).

A. La définition du domicile, rattachement subsidiaire en droit international privé de la famille, à l'aune de l'objectif de protection de l'essence de la personne

147. Cas de défaillance du rattachement à la nationalité en matière familiale. – Quel que soit le critère choisi à titre principal, la recherche d'un ou de plusieurs critères subsidiaires est nécessaire afin de pallier les éventuelles défaillances du rattachement privilégié. S'agissant de la nationalité, deux circonstances sont à prendre en compte. La première concerne les personnes apatrides, pour lesquelles la détermination d'un critère subsidiaire est nécessaire en matière familiale même lorsque la question est régie de manière distributive par les lois personnelles des individus concernés ; c'est le cas aujourd'hui des conditions de fond du mariage. La seconde intéresse la détermination d'une loi du lien à défaut de nationalité commune.

148. Influence de la protection de l'essence de la personne sur la distinction du domicile et de la résidence habituelle. – Dans les deux cas, le critère subsidiaire a pour but de constituer un rattachement de nature à participer à la construction personnelle des individus concernés ; il ne doit pas être conçu comme un pis-aller. La poursuite de l'objectif de protection de l'essence de la personne permet ainsi d'orienter le choix vers l'un des deux critères auxquels il est possible de songer, le domicile ou la résidence habituelle. Cet objectif nécessite de recourir à un critère qui se distingue par la plus grande stabilité possible, et par des liens significatifs sur le long terme, entretenus par un individu avec un État. Le retour à l'idée de permanence nécessaire à la construction de l'identité peut être utile à la fois pour choisir le critère à retenir à défaut de loi nationale ou de loi nationale commune et pour mettre en évidence la distinction qui persiste entre domicile et résidence habituelle alors qu'elle tend à s'estomper progressivement⁸⁰⁹. Cela doit faire l'objet d'une considération d'autant plus importante que ce

⁸⁰⁹ Sur le flou de ces notions, voir l'éclairante discussion, tout en controverses, qui a suivi la communication de Marthe Simon-Depitre devant le comité français de droit international privé au sujet de la difficulté de saisir aujourd'hui le domicile, la résidence habituelle et l'habitation : « La protection des mineurs en droit international privé, après l'arrêt *Boll* de la Cour internationale de justice », *op. cit.*, pp. 126-138. La confusion entre les deux premières notions trouve son expression paroxystique à l'article 5 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile (*Recueil des Conventions de la Conférence de La Haye (1951-1996)*, La Haye, Kluwer Law International, p. 24), formulé comme suit : « Le domicile, au sens de la présente Convention, est le lieu où une personne réside habituellement, à moins qu'il ne dépende de celui d'une autre personne ou du siège d'une autorité ».

mouvement de confusion provient principalement d'une évolution des notions dans un contexte d'uniformisation du droit international privé au niveau international et surtout européen. S'il semble que la distinction mérite d'être conservée même dans de tels contextes juridiques⁸¹⁰, elle nous paraît particulièrement justifiée s'agissant des solutions du droit international privé commun qui subissent leur influence.

149. Comme le constate Louis d'Avout, le rapprochement de différents droits nationaux n'a pas toujours été synonyme de confusion des notions, puisqu'« [i]nitialement, la différence entre domicile et résidence habituelle était très claire. Elle fut rappelée dans une résolution du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe de 1972 aux termes de laquelle le domicile implique un lien *volontaire* entre un individu et un État d'établissement prépondérant, tandis que la résidence habituelle est déterminée *objectivement* et selon des critères de fait tenant à la durée de l'établissement »⁸¹¹. Quelques décennies auparavant, les États marquent la différence entre domicile et résidence non qualifiée en créant un rattachement en cascade s'agissant du statut personnel des réfugiés ou des apatrides : les articles 12 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés⁸¹² et de la Convention de New York du 28 septembre 1954 sur le statut des apatrides⁸¹³ prévoient tous deux la compétence de la loi du domicile, ou à défaut, de la loi de la résidence.

Mais à la faveur d'une absence de définition de la résidence habituelle⁸¹⁴ et de consensus sur celle du domicile, la différence est devenue beaucoup moins franche. La confusion est d'autant plus courante que, fréquemment, domicile et résidence habituelle coïncident *de facto* ; c'est en général le cas lorsqu'une personne vit au même endroit que sa famille et qu'elle exerce son activité ou poursuit ses études dans ce même pays. Dans un contexte de forte mobilité, le maintien d'une distinction entre résidence habituelle et domicile peut néanmoins paraître opportun : il en est ainsi pour une personne installée dans un pays pour y suivre ses études, avec l'intention de retourner dans le pays qu'elle a quitté dans ce but ; pour celle qui, travaillant toute la semaine dans un État et y résidant en fait, retrouve chaque fin de semaine sa famille dans un autre État ; pour celle encore dont le séjour dans un État se prolonge alors qu'il est irrégulier⁸¹⁵.

⁸¹⁰ En ce sens, voir Louis D'AVOUT, *op. cit.*, n° 12, pp. 28-29.

⁸¹¹ *Op. cit.*, n° 9, p. 25. C'est l'auteur qui souligne.

⁸¹² *Recueil des traités des Nations unies*, vol. 189, n° 2545, 1954, p. 137.

⁸¹³ *Recueil des traités des Nations unies*, vol. 360, n° 5158, 1960, p. 117.

⁸¹⁴ Louis d'Avout fait remarquer à cet égard que « [l]a concurrence est ici particulièrement pernicieuse car, alors que la résidence habituelle pouvait passer pour un diminutif du domicile, elle tend actuellement, du fait de son contenu indéterminé et de sa signification juridique variable, à phagocyter ce dernier » : Louis D'AVOUT, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸¹⁵ Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a notamment indiqué sur ce point que la résidence « ne dépend pas d'une autorisation de résider » : Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Résolution (72) 1 relative à l'unification des concepts juridiques de « domicile » et de « résidence », 18 janvier 1972 (206^{ème} réunion des Délégués des Ministres), *RCDIP*, 1973, pp. 847-849, spéc. point n° 7, p. 848.

Dans de telles circonstances, la résidence habituelle, notion factuelle et non juridique, paraît exprimer une simple localisation concrète de l'individu assez stable pour constituer son milieu de vie effectif. Le critère, qui repose sur des considérations de proximité territoriale, « ne doit pas s'analyser en un séjour momentané et précis, mais implique des notions de durée et de stabilité »⁸¹⁶. Ainsi, la seule présence ou le séjour éphémère ne permettent pas de caractériser la résidence habituelle⁸¹⁷. Bien qu'aucune indication de durée ne soit donnée, par les textes ou par la jurisprudence, précision dont l'appréciation relève ainsi des juges du fond, la stabilité, jaugée à l'aune de la durée de l'installation, paraît découler du qualificatif « habituelle » : c'est la durée qui permet de forger l'habitude. S'en tenir à une telle conception, concrète et objective, paraît permettre de distinguer la résidence habituelle du domicile qui est le lieu où un individu a, volontairement, placé le centre de ses intérêts personnels et familiaux pour une durée indéterminée⁸¹⁸ : le domicile n'est pas directement lié à la résidence actuelle de l'individu et renferme une idée de permanence que ne connaît pas la résidence habituelle.

150. Deux éléments quant à l'évolution de cette dernière notion tendent cependant à amoindrir la distinction. D'une part, une exigence de permanence tend de plus en plus à être revendiquée pour caractériser la résidence habituelle. Il semble qu'un tel développement résulte d'un glissement sémantique, de la notion d'habitude à celle de permanence, qui peut, *a priori*, sembler anodin mais modifie le sens de la notion. Ainsi la doctrine a-t-elle pu affirmer que « [l]a résidence habituelle doit être caractérisée par une *certaine permanence*, une installation stable, pendant une certaine durée »⁸¹⁹, correspondant à une « habitation sur le territoire, et une certaine permanence de cette habitation »⁸²⁰. Si l'adjectif « certaine » paraît nuancer l'absolu du terme, c'est bien l'idée de permanence qui est introduite. Certes, même dans la conception du domicile rappelée par la résolution du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe de 1972, la permanence ne saurait être entendue de manière radicale : lorsque les conditions de changement du domicile sont remplies, il paraît nécessaire d'aménager le changement de loi personnelle. Mais la permanence, même ainsi entendue, est inconciliable avec le caractère temporaire originellement conféré à la résidence habituelle ; l'emploi du terme suppose donc nécessairement une modification du sens de cette dernière notion. D'autre part, alors même que

⁸¹⁶ Besançon, 23 mars 1977, *Gal. Pal.*, 1977, n° 2, 26 juillet 1977, p. 406, note M. BRAZIER, cité par Élise Ralser, *op. cit.*, n° 43.

⁸¹⁷ En ce sens, Élise RALSER, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸¹⁸ En ce sens, Louis D'AVOUT, *op. cit.*, n° 17, p. 37 ; Élise RALSER, *op. cit.*, n° 39.

⁸¹⁹ Élise RALSER, *op. cit.*, n° 43, renvoyant à Paul Beaumont, Peter McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, 1999, xxxv-332 p., spéc. p. 102, et à Peter McEleavy, « La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de *common law* », *Trav. com. fr. DIP*, 2008-2010, pp. 127-146.

⁸²⁰ Pierre BELLET, Berthold GOLDMAN, « La convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps », *JDI*, 1969, pp. 843-872, spéc. n° 15, p. 852.

la résidence habituelle a été conçue initialement comme une notion purement factuelle, il a été proposé, non sans succès, d'appuyer sa stabilité sur un élément intentionnel. La Cour de cassation a ainsi défini la notion, dans le contexte communautaire, « comme le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts »⁸²¹. Louis d'Avout fait état, dans le même sens, d'un courant doctrinal venu d'Allemagne qui formule « la proposition remarquable [...] consistant à centrer la résidence habituelle sur la volonté de l'individu »⁸²². Il nous semble cependant qu'une telle acception de la résidence habituelle, « domicile en puissance »⁸²³ qui se cache derrière un « nom réinventé aux fins de la construction européenne »⁸²⁴, déjà contestable s'agissant du droit de l'Union européenne, ne trouve pas de justification en droit international privé commun. Ici, la permanence doit permettre le maintien d'une distinction entre les deux notions, et apparaît comme le garant d'une stabilité de l'état familial satisfaisante pour un critère subsidiaire.

151. Relecture de la notion de « domicile commun ». – L'objectif de protection de l'essence de la personne, qui nécessite de retenir un lien significatif et permanent, peut également servir de fondement à une relecture de la notion de « domicile commun », critère qui permettait, avant l'entrée en vigueur du règlement « Rome III », de désigner la loi applicable au divorce, puis aux effets du mariage l'en retranchant, à défaut de loi nationale commune. La définition du rattachement a en effet suscité la controverse, pour déterminer à la fois ce qu'est le domicile commun et si le domicile à prendre en compte doit être celui de chacun des époux ou un véritable domicile conjugal. Comme l'a affirmé le doyen Batiffol dans son commentaire de l'arrêt *Rivière*⁸²⁵, s'agissant des relations de famille, cet arrêt a « illustré l'idée qu'il existe une loi applicable au lien conjugal : la loi du domicile n'est ni la loi personnelle du mari, ni celle de la femme. Il ne s'agit pas de l'état d'une personne, mais d'un lien qui en unit deux »⁸²⁶. Pour l'auteur, il s'agit ainsi de procéder à la localisation d'un « domicile conjugal »⁸²⁷ et non de deux domiciles individuels. Néanmoins, l'arrêt *Rivière* entend d'emblée l'État du domicile *commun* comme l'État où sont « domiciliés *l'un et l'autre* »⁸²⁸ époux, ce qui a conduit les juridictions à localiser le domicile de l'un et le domicile de l'autre époux et non le domicile conjugal. Une telle conception a conduit la Cour de cassation à considérer que le divorce de deux époux de nationalité différente doit être régi par la loi de l'État du « domicile effectif

⁸²¹ Civ. 1, 14 décembre 2005, n° 05-10.951, *Bull. civ. I*, n° 506, *D.*, 2006, p. 1495, obs. P. COURBE, F. JAULT-SESEKE.

⁸²² Louis D'AVOUT, *op. cit.*, n° 11, p. 28.

⁸²³ *Op. cit.*, n° 16, p. 37.

⁸²⁴ *Op. cit.*, n° 11, p. 28.

⁸²⁵ Civ., 17 avril 1953, *Rivière*, précité. Sur cet arrêt, voir *supra*, n° 101.

⁸²⁶ H. BATIFFOL, note sous Civ., 17 avril 1953, *Rivière*, *RCDIP*, 1953, p. 412, spéc. p. 421.

⁸²⁷ *Ibid.*

⁸²⁸ Civ., 17 avril 1953, *Rivière*, précité.

commun »⁸²⁹, qui, si les époux sont séparés, est caractérisé dès lors qu'« ils sont tous deux intégrés par un établissement effectif dans le même pays »⁸³⁰. L'arrêt *Tarwid* précise en outre qu'« en revanche, s'ils *habitent* séparément en des pays différents, [le divorce est] régi par la seule loi du for régulièrement saisi du divorce ». Il est ainsi frappant d'une part de constater avec Berthold Goldman que la Cour de cassation, qui selon l'auteur « n'emploie qu'à regret, semble-t-il, "domicile" »⁸³¹, en privilégiant l'*habitation* « entend [...] rattacher le divorce d'époux de nationalités différentes au milieu local où ils sont intégrés *en fait*, et de façon suffisamment *stable* »⁸³². On retrouve ici la confusion qui rapproche le domicile de la résidence. D'autre part, étant donné que ce n'est pas tant le domicile du ménage qui est recherché, mais celui de chacun des époux séparément, ce qui apparaît dans le cas où ils ne cohabitent pas, il est permis de suivre à nouveau l'auteur lorsqu'il affirme qu'« [i]l est [...] difficile de considérer [la loi du domicile commun] comme loi du *groupe familial*, appréhendé dans son unité. Le groupe est en réalité disloqué ; ce n'est pas le ménage qui est "intégré dans un milieu local" (et il a pu même ne jamais l'être dans le pays où les époux, vivant séparément, ont chacun leur domicile effectif lors de l'introduction de la demande en divorce), mais chacun des époux individuellement considéré. On ne peut même pas dire que chacun d'eux s'intègre au milieu local *en tant qu'époux*, car son comportement n'est plus celui d'un époux ; c'est donc bien *individuellement* que la loi du domicile le saisit »⁸³³.

Une telle solution ne répondant qu'insuffisamment à l'exigence de liens significatifs et que partiellement à celle de permanence, nécessaires à la construction et à la protection de l'essence de la personne, un renouvellement du domicile commun paraît pouvoir être envisagé. En matière d'effets du mariage, à défaut de loi nationale commune des époux, le domicile commun doit, dans l'optique de protection de l'essence de la personne, s'entendre d'un domicile conjugal⁸³⁴, du lieu où les époux ont voulu fixer le centre de leurs intérêts personnels et familiaux pour une durée indéterminée. Dès lors, l'*habitation* du couple peut constituer un indice dans le cadre de l'identification du centre des intérêts personnels et familiaux du couple. Mais l'*habitation* de chaque époux dans des pays distincts ne semble pas suffisante pour considérer qu'ils ne partagent plus de domicile commun : elle ne le sera que si elle est le signe que les époux ne partagent plus la volonté commune de fixer dans un État le centre des intérêts

⁸²⁹ Civ., 22 février 1961, *Corcos*, précité.

⁸³⁰ Civ., 15 mai 1961, *Tarwid*, précité.

⁸³¹ B. GOLDMAN, note sous Civ., 22 février 1961, *Corcos*, Civ., 15 mai 1961, *Tarwid*, Civ., 15 mai 1961, *Ortiz*, *JDI*, 1961, précité, p. 744.

⁸³² *Op. cit.*, p. 746. C'est l'auteur qui souligne.

⁸³³ *Ibid.* C'est l'auteur qui souligne.

⁸³⁴ Une telle acception rapproche cette notion de celle de domicile conjugal ou matrimonial telle qu'elle est employée par la jurisprudence en matière de régime matrimoniaux. Sur ce point, voir le commentaire d'Henri Batiffol de l'arrêt Civ., 5, mai 1953, *Dulles*, *RCDIP*, 1953, p. 799, 1^{ère} espèce, spéc. p. 804.

personnels et familiaux du couple. Réciproquement, le fait pour les époux d'être établis tous deux effectivement dans le même pays peut ne plus suffire à caractériser le domicile commun, si l'habitation séparée est une manifestation de la disparition de la volonté de fixer le centre de leurs intérêts personnels et familiaux dans un même pays, ou de la disparition de la communauté de leurs intérêts personnels et familiaux. À défaut d'un tel domicile commun, un nouveau rattachement pourrait avantageusement être ajouté à ceux qui ont été définis par la jurisprudence *Rivière-Tarwid*, avant celui de la loi du for : celui du dernier domicile commun, qui reste, dans une telle configuration, pertinent du point de vue de la construction de l'identité de la personne.

B. La prise en compte de considérations privatistes dans le cadre de la résolution du conflit positif de nationalités

152. Remise en cause de la primauté de la nationalité du for. – Soustraire par principe le rattachement à la nationalité à un fondement souverainiste exclusif et considérer le choix du rattachement des relations familiales sur l'objectif de protection de l'essence de la personne conduit nécessairement à repenser le traitement des conflits positifs de nationalités. Cela est particulièrement le cas s'agissant du principe de primauté de nationalité du for, principalement fondé sur le principe de souveraineté, et qui doit dès lors être abandonné. En effet, au-delà des critiques que suscitent les situations engendrées par le principe de primauté de la nationalité du for⁸³⁵, le traitement privatiste des conflits de nationalités incite en lui-même, positivement, à modifier le regard que porte le droit sur le binational. D'une part, puisqu'il a été affirmé que c'est le fait que le rattachement à la nationalité soit « fondé sur l'idée de souveraineté [...] qui justifie pour le binational français la préférence donnée en matière de conflits de lois à la nationalité française »⁸³⁶, la relativisation du poids du principe de souveraineté en tant que fondement du rattachement doit conduire à ne plus tenir comme inéluctable la primauté de la nationalité du for. D'autre part, le rôle reconnu à la nationalité et à la loi nationale dans la construction de l'identité de la personne abonde dans le même sens et oriente vers une appréciation objective de la nationalité à faire prévaloir en cas de plurinationalité.

Par ailleurs, une telle appréciation se trouve confortée par la critique à laquelle a inéluctablement abouti l'attitude ambivalente des États vis-à-vis de la pluripatridie au cours du siècle dernier. Un État ne peut pas, de façon cohérente, d'un côté accepter de façon très libérale

⁸³⁵ Voir *supra*, n^{os} 106-108.

⁸³⁶ Paul LAGARDE, « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos notamment de l'arrêt *Dujaque* de la Première chambre civile du 22 juillet 1897) », *RCDIP*, 1988, spéc. p. 52. Dans le même sens, voir aussi Bernard AUDIT, « Le droit international privé à la fin du XX^{ème} siècle : progrès ou recul ? », *RIDC*, vol. 50, n^o 2, avril-juin 1998, pp. 421-448, spéc. n^o 32, p. 443.

sur le plan du droit de la nationalité, la multiplication des cas de pluripatridie, soit en acceptant de naturaliser un individu sans lui demander de renier sa première nationalité, soit en permettant à l'individu de garder sa nationalité d'origine alors qu'il en embrasse une autre, tout en refusant par principe, d'un autre côté, de tenir compte de ses autres nationalités en le considérant comme son seul national sur le plan des conflits de lois⁸³⁷. « Tant que l'on admet en principe l'existence de la double nationalité, il incombe à la collectivité française de ne pas faire comme si l'appartenance à la France était exclusive de toute autre appartenance nationale »⁸³⁸. Certes, le droit français laisse une possibilité aux binationaux de répudier leur nationalité française. Le regard de certains auteurs se porte ainsi sur ce point, à l'instar de celui de Bertrand Ancel et Yves Lequette qui soulignent que « le législateur [...] a accompli un effort méritoire pour faire prévaloir la réalité en ouvrant des options aux binationaux⁸³⁹ et en leur permettant grâce à l'article 91 du Code de la nationalité (devenu l'article 23-4 du Code civil), de solliciter la libération de l'allégeance française ; le juge ne saurait aller au-delà »⁸⁴⁰. Mais si le fait pour un binationnel de ne pas répudier sa nationalité française peut être vu comme le signe d'un attachement à cette nationalité, il faut aussi envisager que le fait qu'il ait conservé sa nationalité étrangère soit le signe du même attachement à sa nationalité étrangère. Il est vrai que certaines législations nationales empêchent, de façon partielle ou absolue, ou compliquent la perte de la nationalité⁸⁴¹ et que le maintien d'une nationalité étrangère n'est pas nécessairement synonyme d'attachement à cette nationalité. Cependant, dans ces cas, un examen des liens entretenus par l'individu avec son autre État national suffit en principe à révéler l'existence ou l'inexistence d'un attachement le cas échéant. Le souci de garantir la construction de l'identité de la personne qui constitue le fondement du rattachement à la nationalité doit aussi guider le choix du principe de résolution du conflit positif de nationalités. Ceci suppose que la continuité du statut d'une personne ne puisse être rompue au seul motif qu'il possède entre autres nationalités celle du for.

⁸³⁷ Il a ainsi pu être souligné que la critique du principe de la primauté de la nationalité du for qui a donné naissance à l'approche fonctionnelle du conflit de nationalités est fondée chez Paul Lagarde sur « le sentiment que les États ne pouvaient plus jouer sur les deux tableaux à la fois » : Michel VERWILGHEN, « Conflits de nationalités : plurinationalité et apatridie », *op. cit.*, n° 526, p. 446.

⁸³⁸ Daniel GUTMANN, *op. cit.*, n° 499, p. 411.

⁸³⁹ Les auteurs font référence aux articles 19 et 24, 87 et 94 du Code de la nationalité, devenus articles 18-1, 19-4, 23 et 23-5 du Code civil.

⁸⁴⁰ Bertrand ANCEL, Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, *op. cit.*, n° 46, spéc. n° 3, p. 414.

⁸⁴¹ À titre d'exemple, le chapitre III du titre I du Code de la nationalité tunisienne prévoit aux articles 33 à 38 des causes de perte de la nationalité qui se résument à des cas de *déchéance* ou de *retrait* de la nationalité tunisienne, mais ne prévoit pas de faculté de *répudiation* de cette nationalité. La perte de la nationalité n'y est donc envisagée qu'à titre de sanction (de la personne ou de l'acte de naturalisation) et, faute de disposition en sens contraire, la nationalité tunisienne ne se perd que contre le gré de l'intéressé.

153. Solidement ancrée dans la conviction que « [p]ermettre au juge d'écarter la nationalité française au prétexte qu'elle n'est pas la nationalité effective, ce serait d'une certaine façon introduire un cas de perte de la nationalité française non prévu par le législateur »⁸⁴², la solution jurisprudentielle et administrative favorable à la primauté de la nationalité du for semble pourtant constante, si l'on excepte la parenthèse qu'ont constituée les arrêts *Butez*⁸⁴³ et *Dujaque*⁸⁴⁴ de la Cour de cassation n'ayant par la suite emporté la conviction que de rares juges. L'approche fonctionnelle du conflit de nationalités prônée par ces arrêts s'est pourtant proposée de répondre à une partie des critiques formulées contre le principe de primauté de la nationalité du for. Jurisprudence et doctrine ont en effet pu y percevoir un moyen de résoudre les problèmes posés par ce principe, et particulièrement les « blocages » auxquels celui-ci conduit dans le cadre de l'application des conventions internationales et de la non-reconnaissance des décisions rendues en matière de statut personnel concernant des binationaux ayant la nationalité du for de la reconnaissance. Selon Paul Lagarde, l'approche fonctionnelle du conflit de nationalités consiste à considérer ce conflit comme « une question incidente, dépendante, surgissant à l'occasion d'une question principale déterminée et devant recevoir dans chaque cas de figure une solution en harmonie avec les principes régissant la question principale (jouissance des droits, conflit de lois, conflit de juridictions) à l'occasion de laquelle elle apparaît »⁸⁴⁵. Il s'agit pour l'auteur d'abandonner une approche qualifiée de dogmatique, afin d'assurer, au cas par cas, la continuité du statut personnel. *A priori*, cette démarche peut paraître de nature à favoriser la construction de l'identité de l'individu. Mais le risque de démantèlement de la nationalité dénoncé par plusieurs auteurs⁸⁴⁶ a eu raison, en jurisprudence, de l'approche théorisée par Paul Lagarde.

Elle nous semble cependant avoir eu le mérite de montrer que le recours au principe de primauté de la nationalité du for n'est pas inéluctable et que la condition de la personne pourrait

⁸⁴² Bertrand ANCEL, Yves LEQUETTE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁴³ Civ. 1, 10 mars 1969, *Butez*, *Bull. civ.*, 1969, I, p. 80 ; *RCDIP*, 1970, p. 115, note H. BATIFFOL ; *JDI*, 1971, p. 254.

⁸⁴⁴ Civ. 1, 22 juillet 1987, *Dujaque*, *Bull. civ.*, 1987, n° 252, p. 183. Sur cet arrêt, voir Paul LAGARDE, *op. cit.*

⁸⁴⁵ Paul LAGARDE, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁴⁶ Bernard AUDIT, Louis D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 209, p. 194 : « Cette approche est toutefois de nature à relativiser excessivement la nationalité d'un individu ou encore à contraindre la nationalité du for à s'effacer dans des cas où elle serait en fait la plus effective » ; Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 291, pp. 107-108 : « ce n'est pas parce que la nationalité remplit des fonctions différentes qu'elle doit être déterminée différemment selon les effets de la nationalité qui sont en cause. Ce serait alors admettre que les effets de la nationalité n'ont aucun lien entre eux, que la notion de nationalité peut être démantelée, voire pourrait disparaître et qu'il serait possible de déterminer les titulaires de chacun des devoirs et des droits attachés jusqu'ici à la nationalité en fonction d'autres critères. Remettre en question le caractère unitaire de la nationalité, c'est nécessairement la dévaloriser, mettre en doute son utilité » ; Daniel GUTMANN, *op. cit.*, n° 494, p. 408 : « Considéré tantôt comme français, tantôt comme étranger, le double national risque de ne plus trouver dans l'attitude du droit à son égard la constance nécessaire à l'élaboration du sentiment d'identité. On comprend donc que la consécration de l'approche fonctionnelle par la Cour de cassation demeure extrêmement limitée, et que le principe traditionnel de la primauté de la nationalité du for semble encore fort en droit positif comme en doctrine ».

bénéficier d'une prise en compte de la nationalité étrangère par l'État national du for. Une telle prise en compte, si elle ne constitue pas aujourd'hui le droit positif, n'est pas complètement inédite et a même été adoptée dans un domaine traditionnellement hostile à la recherche de la nationalité effective, celui d'un litige en matière de protection diplomatique entre deux États qui ont conféré leur nationalité à l'intéressé. En effet, « la doctrine a tendance à nier purement et simplement le droit pour un État de protéger diplomatiquement son national contre un État dont cet individu posséderait également la nationalité et cela pour la raison qu'il existerait selon elle en pareille hypothèse une égalité stricte entre les nationalités en présence, égalité qui exclurait tout recours à une notion essentiellement destinée à intervenir par rapport à une situation d'inégalité »⁸⁴⁷. Si l'arrêt *Nottebohm*⁸⁴⁸ de la Cour internationale de justice a défini la notion de nationalité effective dans une affaire survenue en matière de protection diplomatique, l'espèce concernait un individu qui avait, outre la nationalité de l'État réclamant, la nationalité d'un État tiers au litige. La pratique arbitrale a pourtant, à certaines occasions, fait entendre une voix dissonante : la Cour permanente d'arbitrage⁸⁴⁹, le tribunal mixte franco-allemand⁸⁵⁰ et la Commission de conciliation italo-américaine⁸⁵¹ ont chacun à leur tour recherché la nationalité effective de l'individu dont la protection était revendiquée et qui disposait à la fois de la nationalité de l'État réclamant et de celle de l'État défendeur. En dehors de la protection diplomatique, au vu du fondement déclinant de la solution traditionnelle et de la nécessaire considération de la protection de l'essence de la personne, l'extension du principe de la nationalité la plus effective aux cas dans lesquels la nationalité du for est impliquée, défendue de longue date par une doctrine autorisée⁸⁵², paraît aujourd'hui mieux adaptée au traitement de tels conflits⁸⁵³. La prise en compte de la construction de l'identité personnelle assumée au stade même des critères de *détermination* de la nationalité permet de comprendre que cette extension

⁸⁴⁷ Jacques DE BURLET, « Effectivité et nationalité des personnes physiques », *RBDI*, 1976, pp. 75-89, spéc. p. 77.

⁸⁴⁸ CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm*, précité.

⁸⁴⁹ Cour permanente d'arbitrage, 3 mai 1912, *Italie c. Pérou, Affaire Canevaro, Recueil des sentences arbitrales*, t. XI, p. 397, citée par Jacques de Burlet, *op. cit.*, p. 78.

⁸⁵⁰ Tribunal mixte franco-allemand, 10 juillet 1926, *Affaire Barthez de Montfort, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, t. VI, p. 806, citée par Jacques de Burlet, *op. cit.*, loc. cit.

⁸⁵¹ Commission de conciliation italo-américaine, 10 juin 1955, *Recueil des sentences arbitrales*, t. XIV, p. 236, décision n° 55, citée par Jacques de Burlet, *op. cit.*, p. 77.

⁸⁵² Jacques MAURY, « Du conflit de nationalités et en particulier du conflit de deux nationalités étrangères devant les autorités et les juridictions françaises », *op. cit.*, pp. 369-370. L'auteur renvoie aux ouvrages de Kahn, Frankenstein et Isay qui considèrent « que la solution doit être la même, le problème étant identique et les raisons de choix de même valeur, pour un conflit de deux nationalités étrangères et pour un conflit entre une nationalité étrangère et celle du for » (*op. cit.*, p. 370).

⁸⁵³ Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 587, p. 218 ; Hélène GAUDEMET-TALLON, « La désunion du couple en droit international privé », *RCADI*, *op. cit.*, n° 52-54, pp. 85-88. Voir aussi Jacques DE BURLET, *op. cit.*, p. 79 : « Sur le plan de la simple logique et dès lors que l'on consent à bousculer le principe de l'égalité des souverainetés en recourant à la notion d'effectivité lorsque la seconde nationalité en cause est celle d'un État tiers, il n'y a pas d'inconvénient à utiliser cette même notion d'effectivité dans les cas où la seconde nationalité en cause est celle de l'État défendeur ».

n'implique pas pour le juge de contredire un ordre que l'État lui aurait adressé⁸⁵⁴. Il faut en effet admettre avec Pierre Mayer, Vincent Heuzé et Benjamin Rémy « qu'un organe étatique ne peut nier la qualité de national conférée par l'État qui l'a institué. Mais appliquer la loi de la nationalité étrangère, en raison de l'effectivité de celle-ci, n'impliquerait aucune négation de la nationalité française. La solution retenue par la Cour de cassation montre qu'en matière de statut personnel, l'application de la loi nationale ne se justifie pas seulement par ses avantages pratiques de stabilité et de présomption d'appartenance de fait à une collectivité ; elle repose sur un *lien de sujétion* de l'individu à l'État »⁸⁵⁵. Dès lors, la solution du conflit de nationalités doit également intégrer cette relation entre la nationalité et la construction de l'identité de la personne. Or, le principe de l'application de la loi de la nationalité effective se révèle plus protecteur de l'essence de la personne que celui de la primauté de la nationalité du for si celle-ci n'est pas la nationalité effective⁸⁵⁶, car les éléments pris en compte dans l'appréciation de l'effectivité renseignent sur l'identité de la personne. À cet égard, il a pu être souligné que « [l]a nationalité effective [...] est la "nationalité pratiquée, vécue". C'est la nationalité à laquelle objectivement l'individu est lié, en d'autres termes, celle dont il a la possession d'état »⁸⁵⁷.

154. Généralisation du principe de la nationalité effective. – Retenir le principe de la nationalité effective pour trancher le conflit de nationalités, que la nationalité du for figure ou non parmi elles, suppose de répondre à deux questions, afin éviter l'écueil de l'insécurité juridique souvent opposé au principe de la nationalité effective. D'une part, il convient de déterminer les éléments pouvant être retenus pour caractériser l'effectivité. Ces éléments peuvent être classés en deux catégories : ceux qui traduisent un lien d'allégeance entre l'individu et son État national et ceux qui révèlent une proximité concrète entre l'individu et l'État. Appartiennent à la première catégorie l'occupation d'un emploi dans la fonction publique, l'accomplissement du service militaire, le recours à la protection diplomatique. De la seconde relèvent les considérations liées au milieu de vie de l'individu, son domicile, sa

⁸⁵⁴ Par ailleurs, un moyen très simple pour mettre un terme à toutes les réticences consiste à légiférer pour imposer la prise en compte de la nationalité effective. En ce sens, voir Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁵⁵ Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *op. cit.*, n° 928, p. 633. C'est nous qui soulignons. Les auteurs exposent ainsi les considérations qui pourraient utilement se substituer à la prise en compte du lien de sujétion en matière de statut personnel : « C'est pourquoi il faut également envisager la question du point de vue de ces "sujets" eux-mêmes. Comme on l'a remarqué, le statut personnel est le plus souvent conçu par eux comme un reflet de leur culture et, partant, comme une composante essentielle de leur identité : parce que la matière concerne le système de valeurs le plus intimement lié à l'idée qu'ils se font de leur propre personnalité, elle est celle à propos de laquelle il est le plus difficile en droit international privé de parvenir à une coordination de législations d'inspirations différentes. Aussi bien, le critère de la nationalité, qui permet au moins de garantir leur coexistence (sous la réserve toutefois de l'ordre public), est-il également celui qui paraît le plus aisément acceptable par les intéressés : il est respectueux de leur origine, c'est-à-dire de la culture de la communauté à laquelle, aussi longtemps qu'ils n'ont pas changé de nationalité, ils conservent le plus souvent le sentiment d'appartenir » (*op. cit.*, n° 530, pp. 366-367).

⁸⁵⁶ Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁵⁷ *Op. cit.*, n° 557, p. 207, citant Jean-Pierre Laborde, « Les conflits de nationalités dans le droit français », *JCL. Droit international*, fasc. 502-1, 1984, n° 78.

résidence habituelle, l'État dans lequel se concentrent ses intérêts familiaux, professionnels, patrimoniaux, la fréquence et l'objet des séjours de l'individu dans son État national, mais aussi la langue parlée, les pratiques culturelles suivies⁸⁵⁸. Peut aussi en relever la volonté de l'individu, examinée indirectement. Il ne s'agit pas de faire jouer la volonté en permettant à l'individu de choisir lui-même la nationalité qui est à son sens la plus effective, ce qui pourrait conduire à des comportements opportunistes et surprendre les prévisions des autres parties impliquées. En revanche, il est possible de considérer ce que Jacques Maury a appelé « l'option par le comportement »⁸⁵⁹, c'est-à-dire la volonté en tant qu'elle conduit à des actes qui sont autant d'indications sur l'effectivité de la nationalité vécue par l'individu⁸⁶⁰ et révèle « ce que M. Frankenstein appelle la relation psychologique (*der psychologische Zusammenhang*) entre le binational et son ordre juridique »⁸⁶¹.

Paul Lagarde perçoit dans ces deux catégories la source d'une « très réelle ambiguïté »⁸⁶² affectant la notion de nationalité effective. « Ce n'est pas céder au goût du paradoxe, soutient l'auteur, que d'affirmer que la détermination de la nationalité effective peut se faire à partir du principe de souveraineté ou à partir du principe de proximité et que les résultats obtenus par ces deux voies peuvent être très différents. En effet, l'élément d'effectivité peut se porter sur les signes d'allégeance que le double national manifeste envers l'un des États dont il a la nationalité, soit sur la localisation dans l'un de ces États de son cadre de vie, de ses relations familiales et professionnelles »⁸⁶³. L'auteur constate que le droit positif tend vers la recherche d'une effectivité de proximité, au travers de l'examen de la résidence habituelle de l'individu ou de l'État avec lequel il a les liens les plus étroits⁸⁶⁴. Mais à son sens, retenant une conception positive de la règle de conflit en matière familiale fondée sur le principe de souveraineté, c'est

⁸⁵⁸ Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 558, p. 207. L'auteure, même si elle insiste sur le fait que la nationalité reflète le lien d'un individu avec un État et non avec une nation (*op. cit.*, n° 78-80, pp. 28-29, n° 172-179, pp. 64-67), admet la prise en compte, même secondaire de la langue et de la culture pour déterminer la nationalité effective ou prépondérante. En faveur de la prise en compte de considérations culturelles, voir Erik JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *op. cit.*, pp. 177-179.

⁸⁵⁹ Jacques MAURY, *op. cit.*, p. 390. L'auteur explique que, « pour qu'à défaut de réglementation positive de son exercice, l'option soit sérieuse, sincère, il faut qu'elle traduise la situation réelle de l'individu, plus exactement qu'elle s'exprime par elle ; ce sont les faits, les circonstances de la vie de l'intéressé qui permettent de connaître sa vraie nationalité » : *op. cit.*, p. 387. C'est nous qui soulignons.

⁸⁶⁰ En ce sens, voir aussi Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 562, p. 208 : « [l]a volonté de l'individu joue [...] un rôle important dans la mesure où il a en général une influence considérable sur les éléments qui rendent sa nationalité effective. Il choisit par exemple d'être fonctionnaire, de vivre dans un État, d'y retourner ou non régulièrement... On peut même considérer que la nationalité effective est la nationalité choisie par l'individu. Mais, contrairement au choix pur et simple, la nationalité effective est un choix concret. [...] La volonté ne suffit pas en elle-même pour justifier le lien de nationalité effective. Mais la volonté peut aboutir à des choix concrets et conduire à des actions qui seront autant d'éléments servant de critères dans la recherche de la nationalité effective ».

⁸⁶¹ Jacques MAURY, *op. cit.*, p. 388.

⁸⁶² Paul LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *op. cit.*, n° 70, p. 78.

⁸⁶³ *Ibid.*

⁸⁶⁴ *Op. cit.*, n° 69, p. 78.

ce même principe qui devrait guider la résolution du conflit de nationalités le cas échéant. Convoquant Martin pour étayer son propos, l'auteur constate qu'« il ne cherche pas à localiser concrètement la personne, à partir d'éléments extrinsèques empruntés à son cadre de vie, à sa résidence habituelle, présente ou passée. Il délaisse complètement le critère de proximité et recherche à laquelle de ses nationalités concurrentes l'intéressé "entend ou a entendu se rattacher pour la protection de sa personne civile" ; il recherche, en d'autres termes, quel est celui de ses deux États nationaux sous la souveraineté duquel le double national a entendu se placer. Les seuls liens qu'il prend en considération pour déterminer la nationalité effective sont les liens d'allégeance et non les liens concrets de proximité »⁸⁶⁵. Si cette ambiguïté est évoquée en présence d'un conflit entre deux nationalités étrangères, la question se pose avec une acuité toute particulière lorsque la nationalité du for est impliquée : il s'agit de se demander si dans ce cas le principe de souveraineté ne commande pas inévitablement de retenir la nationalité du for.

A priori, l'ensemble de ces éléments doit être examiné pour identifier la nationalité effective, étant donné que lorsqu'une personne « a plusieurs nationalités, son droit national est censé être celui du pays avec lequel "*toutes circonstances considérées*", elle a le lien le plus fort »⁸⁶⁶. Il nous semble ainsi nécessaire de dépasser cette distinction quelque peu binaire, de ne pas déterminer abstraitement une catégorie d'éléments à faire prévaloir sur l'autre, mais de permettre aux juges du fond d'examiner souverainement au cas par cas⁸⁶⁷ chacun d'entre eux pour déterminer la nationalité effective, la nationalité « vécue ». Du point de vue de la sécurité juridique, il est permis de considérer, avec Amélie Dionisi-Peyrusse, que « [c]et inconvénient est "la rançon de toute solution qui veut se tenir proche des faits, des réalités" et pourrait être limité par l'adoption de critères plus précis dans le cas d'une généralisation de cette solution. Il n'est donc pas une difficulté insurmontable »⁸⁶⁸. Un tel examen permet également de prendre

⁸⁶⁵ *Op. cit.*, n° 70, p. 79, citant Étienne Martin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, t. II, p. 25 : « Voici comment je serais porté à raisonner. La question ne relève d'aucune règle de droit. Les dispositions légales qui attribuent deux ou plusieurs nationalités différentes à la même personne sont, pour le juge français, radicalement inconciliables et toutes également justes, parce qu'elles correspondent à des souverainetés différentes, également légitimes pour lui. Aucune d'elles, pour lui, ne peut l'emporter sur l'autre. Il ne peut donc juger entre elles : il peut et doit, sur ce point, se refuser à juger... Par conséquent, s'il prend parti, et il faut bien qu'il prenne parti, pour statuer sur le procès, à la solution duquel il ne peut se dérober, article 4 de notre Code civil, *il prend parti en fait*, comme il l'entend, sans plus se soucier des dispositions, inconciliables entre elles, des lois étrangères sur la nationalité, qui attribuent deux ou plusieurs nationalités différentes à l'individu engagé dans le procès qui lui est soumis. Dans ces conditions, *il faut et il suffit qu'il se demande quelle est, de ces nationalités concurrentes, celle à laquelle il est vraisemblable, en fait, que cet individu entend ou a entendu se rattacher*, pour la protection de sa personne civile et de ses intérêts de famille ». C'est Paul Lagarde qui souligne.

⁸⁶⁶ Paul LAGARDE, *op. cit.*, n° 79, p. 87, citant la loi néerlandaise du 25 mars 1981 sur le divorce (RCDIP, 1981, p. 809, note R. VAN ROOIJ). C'est nous qui soulignons.

⁸⁶⁷ En ce sens, Amélie DIONISI-PEYRUSSE, *op. cit.*, n° 557, p. 207.

⁸⁶⁸ *Op. cit.*, n° 564, p. 209, citant Jacques Maury, « Du conflit de nationalités et en particulier du conflit de deux nationalités étrangères devant les autorités et les juridictions françaises », *op. cit.*, p. 389.

en compte les cas dans lesquels toutes les nationalités de l'individu sont effectives, et de retenir alors la nationalité prépondérante⁸⁶⁹.

155. Jeu exceptionnel de la nationalité du for non prépondérante. – S'il nous semble que le principe de la nationalité effective ait aujourd'hui plus de mérite à s'imposer dans le cadre de la résolution du conflit de nationalités, il est des cas dans lesquels la nationalité du for peut néanmoins être prise en compte. C'est notamment le cas en matière de compétence juridictionnelle directe, lorsque la règle de conflit retient le critère de la nationalité, à l'image des articles 14 et 15 du Code civil. Ces articles donnent compétence aux juridictions françaises lorsque, respectivement, le demandeur ou le défendeur est français. Si le demandeur ou le défendeur français est aussi binational, il convient de déterminer si les juridictions françaises doivent se déclarer incompétentes chaque fois que la nationalité effective est la nationalité étrangère de la partie en cause. C'est la situation à laquelle conduirait l'application stricte de la nationalité effective. Cependant, dans une telle configuration, l'on peut douter de l'existence d'un réel conflit de nationalités à trancher. La compétence juridictionnelle directe supporte par définition la concurrence de tribunaux distincts, pouvant fonder leur propre compétence sur des critères différents ou sur le même critère interprété différemment d'un État à l'autre, et que les règles de litispendance et de connexité ont vocation à départager. Par ailleurs, comme l'a souligné Hélène Gaudemet-Tallon, « dès lors que la *lex fori* estime que la nationalité de l'un ou des deux époux justifie la compétence de ses propres tribunaux [...], ce chef de compétence joue uniquement en raison de l'existence du lien de nationalité et non de son effectivité »⁸⁷⁰. La règle de compétence juridictionnelle impose de déterminer *si* l'individu a la nationalité française⁸⁷¹ et non pas *de quelle* nationalité est l'individu, ce qu'impose l'unicité nécessaire à la résolution du conflit de lois. Suivant un principe énoncé par la Cour de cassation, « il n'y a conflit positif de nationalités que lorsqu'une personne possède, à la fois, deux ou plusieurs nationalités *et* qu'un choix devient nécessaire parce que le contenu de la règle à appliquer impose de ne retenir qu'une nationalité »⁸⁷². La nationalité qui n'est pas la nationalité effective ou prépondérante n'est pas dépourvue de tout effet par le principe de la nationalité effective. Il s'agit au contraire de tenir compte, le plus possible, de la pluripatridie de l'individu, de ne pas

⁸⁶⁹ *Op. cit.*, n° 566, p. 210.

⁸⁷⁰ Hélène GAUDEMET-TALLON, « La désunion du couple en droit international privé », *op. cit.*, n° 38, p. 69.

⁸⁷¹ Une décision rendue par la Cour de cassation en matière de compétence juridictionnelle indirecte a cependant pu faire douter d'une telle interprétation. Dans un arrêt du 17 février 2004 (n° 02-17.479), la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré, dans le cadre d'une action en reconnaissance d'un jugement algérien de divorce rendu entre deux personnes domiciliées en France que « les deux époux étaient domiciliés en France de sorte que leur nationalité algérienne commune ne suffisait pas à rattacher le litige d'une manière caractérisée à l'Algérie et que le juge algérien n'était pas compétent pour en connaître ». La nationalité n'a pas été considérée comme un lien suffisant, en raison d'un manque d'effectivité. Il semble cependant que la Cour ait par la suite abandonné cette solution (voir notamment Civ. 1, 10 mai 2006, n° 05-15.707).

⁸⁷² Civ. 1, 11 juin 1996, *Imhoos*, RCDIP, 1997, p. 291, note Y. LEQUETTE. C'est nous qui soulignons.

le considérer comme « affublé d'une nationalité accessoire, mais [comme] un individu symétriquement rattaché à deux collectivités nationales »⁸⁷³, tout en préservant la construction de son identité.

156. Conclusion du paragraphe. – Inéluctables, les difficultés associées au rattachement du statut personnel à la nationalité sont donc loin d'être insolubles et peuvent être profondément relativisées devant l'intérêt que ce critère revêt pour préserver la permanence du statut personnel. Qu'il s'agisse d'identifier la nationalité pertinente d'un pluripatride ou de déterminer le critère de rattachement subsidiaire, l'adoption d'une approche renouvelée de la détermination de la nationalité et du rattachement à la nationalité conduit à des solutions respectueuses des liens personnels entretenus par l'individu et donc de la construction de son identité.

157. Conclusion du Chapitre. – La contestation du rattachement du statut personnel à la nationalité repose sur deux arguments principaux. D'une part, son lien perçu comme nécessaire avec un principe de souveraineté en recul en droit international privé devrait immanquablement conduire à l'abandon du critère au profit du domicile qui, en reflétant le milieu d'intégration de l'individu, réaliserait mieux les attentes légitimes des parties. D'autre part, le rattachement à la nationalité rendrait trop complexe la résolution des conflits de lois et de juridictions en raison des difficultés d'application que font naître les inévitables cas de défaillance ou de surdétermination du critère.

Cette critique nous paraît cependant infondée en ce qu'elle repose sur une opposition artificielle entre nationalité et domicile et tient pour inaltérable le lien de la première avec le principe de souveraineté. Analyser la pertinence du rattachement traditionnel à l'aune de ce principe, c'est, nous semble-t-il, perpétuer au niveau de la détermination du critère une conception publiciste du droit conflictuel dépassée et réduire l'intérêt de l'État à un pouvoir qu'il n'a plus vocation à exercer dans le cadre de la régulation des intérêts des personnes impliquées dans les relations familiales internationales.

Considérée à l'aune d'une conception privatiste du droit international privé, une telle disqualification du rattachement du statut personnel à la nationalité nous paraît dès lors injustifiée. Tenir compte des liens personnels dont découle la détermination de la nationalité permet de mettre en évidence la légitimité d'y rattacher cette catégorie sur le plan conflictuel du point de vue de la construction de l'identité de la personne et de la protection de son essence, et de nuancer, voire de proposer une résolution cohérente des difficultés suscitées par sa mise en œuvre. Ainsi libéré d'une attache au principe de souveraineté qui ne paraît plus pertinente

⁸⁷³ Daniel GUTMANN, *op. cit.*, n° 499, p. 411.

dans un droit conflictuel purgé de sa fonction répartitrice des compétences, le rattachement à la nationalité apparaît à la fois pleinement autorisé en considération du fondement du statut personnel et pertinent pour atteindre l'objectif de permanence qui vise la protection de l'essence de la personne.

CONCLUSION DU TITRE

158. Il est aisé de comprendre, à l'issue de ce titre, ce qui justifie de qualifier le droit international privé de « terre d'élection de la méthodologie juridique »⁸⁷⁴. C'est en effet à partir de la découverte de la figure juridique de la personne qu'a progressivement émergé un régime juridique particulier destiné à la définition et à la protection de son identité, en droit interne aussi bien qu'en droit international privé. La volonté de protéger l'essence de la personne en garantissant la permanence de son statut sur le plan international est apparue comme la « raison d'être »⁸⁷⁵ de la catégorie « statut personnel » en droit international privé. Ce but a donc, dans un premier temps, défini à la fois l'étendue de la catégorie et le critère de rattachement y correspondant. La nationalité a ainsi été perçue comme un rattachement fort de nature à concilier les intérêts privés et les intérêts de l'État en la matière.

Le dédoublement fonctionnel de ce rattachement, à la fois élément de détermination de l'appartenance juridique d'une personne à la population de l'État et critère de rattachement, a cependant semblé obscurcir l'analyse de la règle de conflit en matière de statut personnel. Dans une conception privatiste du droit international privé, le rattachement à la nationalité est progressivement apparu comme une survivance mal à propos de la vision d'un droit répartiteur des compétences des États, qui accorderait à ces derniers une place trop importante dans la résolution de conflits entre personnes privées. La considération pour la permanence a dès lors été occultée d'une analyse du rattachement à la nationalité prise en tenailles, dans une discussion souvent réductrice, entre principe de souveraineté et principe de proximité.

Nous avons pourtant montré que c'est la persistance d'une appréciation du rattachement à la nationalité au regard de cette seule dimension qui perpétue indûment une conception publiciste de la matière. Une confrontation du rattachement à la nationalité à l'objectif de permanence conduit à en adopter une approche renouvelée de nature à restituer la cohérence de la règle et à résoudre les difficultés qui naissent de sa mise en œuvre.

159. De cette controverse autour du rattachement à la nationalité a par ailleurs surgi une tendance nette en doctrine en faveur d'un affaiblissement du lien entre un individu et son État d'origine – qu'il s'agisse de son État national ou de l'État de son domicile – et d'une prise en compte du milieu de vie de l'intéressé dans la définition du rattachement des questions familiales. Si cette idée a contribué, en droit commun, à affaiblir le rattachement à la nationalité

⁸⁷⁴ Bruno OPPETIT, « L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême », *D.*, 1990, chron. XIII, pp. 73-76, spéc. p. 74.

⁸⁷⁵ Bernard AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois) », *RCADI*, vol. 186, 1984, pp. 219-397, spéc. p. 279.

et à orienter la définition du domicile vers celle de la résidence habituelle, elle a aussi constitué un puissant moteur des choix opérés dans le cadre de l'uniformisation internationale des règles de conflit, en particulier en droit de l'Union européenne.

TITRE 2 : LA REMISE EN CAUSE DE L'ANALYSE CLASSIQUE PAR LES OBJECTIFS DE LA CONSTRUCTION EUROPÉENNE

160. Dans les traités européens, l'objectif de libre circulation des personnes n'est pas directement assigné aux mesures adoptées dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile, en particulier familiale. D'après la formule désormais consacrée, issue des termes des articles 2 § 1, quatrième tiret TCE puis 3 TUE, la compatibilité des règles de conflits de lois et de juridictions fait partie des mesures dont l'adoption doit servir « l'établissement progressif [d'un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel la libre circulation est assurée] »⁸⁷⁶. Ce n'est pourtant pas tant à la construction de cet espace qu'à la libre circulation des personnes qui y est garantie que doit concourir *directement*, d'après le législateur européen, le droit international privé de la famille. Ce lien est ainsi clairement établi dans la plupart des règlements adoptés en matière familiale – les règlements « Bruxelles II », « Bruxelles II bis » et « Bruxelles II ter » faisant à cet égard figure d'exception –, les préambules mentionnant souvent l'objectif de « facilitation de la libre circulation des personnes »⁸⁷⁷ ou de « libre circulation des personnes »⁸⁷⁸. Dès lors, les compétences de l'Union européenne étant définies par le principe d'attribution et donc finalisées, l'analyse du système conflictuel du droit de l'Union européenne en matière familiale nécessite de comprendre la généalogie du lien opéré entre libre circulation des personnes et droit international privé de la famille, dont l'évidence ne s'impose pas d'emblée (CHAPITRE 1). L'affectation d'un nouvel objectif aux règles de droit international privé de la famille qui relèvent désormais du droit de l'Union européenne a conduit à une modification des moyens mis en œuvre, dont le point commun réside dans le relâchement des liens entre l'individu et l'État qu'ils traduisent. S'il a pu être affirmé en doctrine que « [t]out imparfait qu'il soit, le droit international privé européen, tel qu'il existe actuellement, est utile pour faciliter la circulation des personnes, la reconnaissance des décisions et la permanence du statut personnel »⁸⁷⁹, il nous appartiendra d'analyser la mesure

⁸⁷⁶ Voir les considérants 1 des règlements « Bruxelles II », « Bruxelles II bis », « Aliments », « Rome III », « Successions », « Régimes matrimoniaux », « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », et 3 et 4 du règlement « Bruxelles II ter ». Ces considérants sont, dans tous ces textes, identiques sur le fond. Des différences de rédaction consécutives aux modifications apportées par le traité de Lisbonne existent néanmoins entre les règlements adoptés avant l'entrée en vigueur de ce texte (règlements « Bruxelles II », « Bruxelles II bis » et « Aliments ») et ceux qui l'ont été ultérieurement (règlements « Rome III », « Successions », « Régimes matrimoniaux », « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » et considérants 3 et 4 du règlement « Bruxelles II ter »).

⁸⁷⁷ Voir les considérants 45 du règlement « Aliments », 29 du règlement « Rome III ».

⁸⁷⁸ Voir les considérants 80 du règlement « Successions », 72 du règlement « Régimes matrimoniaux » et 70 du règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

⁸⁷⁹ Hélène GAUDEMET-TALLON, « Avant-propos », in *Vers un statut européen de la famille*, Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon (dir.), Dalloz, 2014, pp. 1-4, spéc. p. 3.

réelle et les limites de l'adéquation de la réglementation européenne du droit international privé de la famille à l'objectif de libre circulation des personnes (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1

LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE AFFECTÉ À L'OBJECTIF DE LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES

161. Plan. – L'assignation de l'objectif de libre circulation des personnes aux mesures relevant de la coopération judiciaire en matière familiale ne s'est pas imposée immédiatement. C'est en réalité d'abord la perception d'un risque, impossible à surmonter directement, que ferait peser la divergence des droits substantiels de la famille des États membres sur la libre circulation des personnes en mettant en exergue la subsistance des frontières nationales en la matière, qui a été soulignée (SECTION 1). C'est ensuite le défaut de compétence européenne en matière interne qui a conduit le législateur européen à concevoir l'adoption de mesures en matière conflictuelle comme le moyen le plus effectif de favoriser la libre circulation des personnes en l'état du droit de l'Union. Pour parvenir à la création d'un espace sans frontières intérieures, c'est alors à une instrumentalisation paradoxale des compétences de l'Union que se sont livrées les institutions européennes en choisissant d'uniformiser le droit conflictuel des États membres (SECTION 2).

SECTION 1 : LA DIVERSITÉ DES DROITS MATÉRIELS COMME OBSTACLE À LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES

162. Plan. – Identifiée par les institutions de l'Union européenne comme l'ultime condition de l'effectivité de la liberté de circulation des personnes (I), la circulation du statut familial se heurte aux divergences entre droits nationaux de la famille, sur lesquels l'Union n'a pas d'influence directe (II).

I. La libre circulation du statut familial garante de la libre circulation des personnes

163. Lien tenu entre libre circulation des personnes et droit international privé de la famille. – Le lien entre liberté de circulation des personnes et droit international privé de la famille n'est pas évident *a priori*. Il n'a d'ailleurs été textuellement établi qu'assez tardivement par les institutions de l'Union même, puisque le premier texte européen à avoir directement associé ces deux notions a été le règlement « Bruxelles II »⁸⁸⁰.

⁸⁸⁰ Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs,

D'un côté, la liberté de circulation des personnes est associée, depuis le traité de Maastricht, à la seule qualité de citoyen de l'Union. Tout citoyen européen en dispose et peut l'exercer sur le territoire de l'Union européenne, c'est-à-dire qu'il peut franchir librement la frontière qui sépare les territoires de deux États membres. L'unique condition pour bénéficier de cette liberté est donc d'avoir la nationalité d'un État membre⁸⁸¹ et de disposer d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité qui en atteste⁸⁸². L'*exercice* de cette liberté est par ailleurs encadré pour éviter que le citoyen libre circulant ne devienne une « charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil au cours de son séjour »⁸⁸³. La directive 2004/38/CE du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004⁸⁸⁴ prévoit ainsi des conditions relatives aux ressources de l'intéressé et à sa couverture sociale qui doivent être remplies dès lors que le séjour excède une durée de trois mois⁸⁸⁵.

D'un autre côté, le droit international privé de la famille⁸⁸⁶ ne semble pas, de prime abord, constituer un instrument adapté à la mise en œuvre de la liberté de circulation des personnes.

JOUE, n° L 160/19, 30 juin 2000, remplacé par le 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 dit « Bruxelles II bis », JOUE, n° L 338/1, 23 décembre 2003, suivi du règlement (UE) n° 2019/111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte), dit « Bruxelles II ter », JOUE, n° L 178/1, 2 juillet 2019. Le droit international privé a longtemps relevé de la coopération intergouvernementale, et donc de la compétence des États membres. En 1997, le traité d'Amsterdam a permis à l'Union d'adopter, « dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur », des mesures visant à « favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence » (« article 65 *littera* b TCE, titre IV intitulé « Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes »). Malgré des incertitudes relatives à l'intégration du droit international privé de la famille dans le champ d'application de l'article 65, c'est sur ce fondement qu'ont été adoptés les règlements sus-cités, comme l'a également été le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit « Bruxelles I », communautarisant la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, textes qui traitent de la compétence et de l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires.

⁸⁸¹ Attribut auquel l'article 20 paragraphe 1 du TFUE associe celui de citoyen de l'Union.

⁸⁸² Article 4 § 1 de la directive 2004/38/CE du Parlement 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, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JOUE, n° L 158/77 30 avril 2004.

⁸⁸³ Article 7 § 1, *litterae* b et c de la directive 2004/38/CE précitée.

⁸⁸⁴ Directive 2004/38/CE précitée.

⁸⁸⁵ Les articles 6 et suivants de la directive prévoient des conditions de séjour différentes selon que ce dernier dure jusqu'à trois mois, plus de trois mois ou plus de cinq ans. Jusqu'à trois mois, aucune condition ni formalité n'est exigée (article 6 § 1).

⁸⁸⁶ On entend par cette expression les règles relatives aux conflits de juridictions et aux conflits de lois, à l'exclusion des questions relatives à la nationalité et à la condition des étrangers. Cette conception restreinte, bien que peu originale tant le droit conflictuel constitue le cœur du droit international privé, ressort très nettement du découpage du TFUE. Les règlements relatifs au droit conflictuel sont adoptés sur le fondement de l'article 81 TFUE, qui succède à l'article 65 TCE. Or, cet article, qui s'insère au sein du titre V (L'espace de liberté, de sécurité et de justice) du TFUE, sous le chapitre 3 relatif à la coopération judiciaire en matière civile, ne traite ni de nationalité, ni de condition des étrangers. La condition des étrangers relève en partie du droit de l'Union. Mais les articles du TFUE qui lui sont consacrés font l'objet d'un chapitre indépendant, le chapitre 2 du titre V portant sur les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration. La nationalité, quant à elle, continue de relever de la compétence souveraine des États, mais cette compétence doit être exercée dans le respect de l'Union lorsque la situation en relève (voir en ce sens, s'agissant du retrait de la nationalité d'un État membre

Tout d'abord, tel qu'appréhendé par les règlements européens adoptés sur le fondement des articles 65 TCE puis 81 TFUE, il n'a d'incidence sur aucune des conditions relatives à la jouissance ou à l'exercice du droit à la libre circulation précitées⁸⁸⁷. Le recours par les institutions européennes aux règles conflictuelles ou leur abstention devrait ainsi être indifférent du point de vue de la liberté de circulation des personnes. Ensuite, la compétence de l'Union en la matière est limitée⁸⁸⁸, ce qui ne devrait donc pas convenir à une liberté de circulation devenue « élément du statut fondamental du citoyen européen »⁸⁸⁹. Enfin, si le droit international privé de la famille n'a en principe pas de répercussion directe sur la circulation physique des personnes, cette circulation peut en revanche constituer un préalable à sa mise en œuvre. Une situation de conflit de lois ou de juridictions pouvant naître de mouvements migratoires, au sein de l'Union européenne, l'exercice de la liberté de circulation par un citoyen européen peut donc être antérieur à la mise en œuvre par les tribunaux d'un État membre de ses règles de conflits de juridictions et de lois. Quelle que soit la décision alors rendue par le juge saisi, elle n'est pas de nature à remettre en cause directement la liberté de circulation de l'intéressé qui l'aura déjà exercée.

164. Circulation du statut familial et libre circulation des personnes. – Le rapprochement entre liberté de circulation des personnes et droit international privé de la famille au sein de l'Union européenne s'est effectué à la faveur d'une évolution des *conditions d'exercice* du droit à la liberté de circulation des personnes.

Le libre circulant a longtemps été considéré uniquement dans son individualité, et la Cour de justice rappelle encore aujourd'hui que son droit à la libre circulation est non seulement fondamental mais aussi « individuel »⁸⁹⁰. La prise en compte de sa dimension sociale s'est pourtant imposée pour ce qui a trait à l'exercice de ce droit. Le citoyen européen est un être social ; ses relations avec sa famille, d'une part, et son État national, d'autre part, sont constitutives de son identité. Dès lors, l'exercice par un citoyen européen de sa liberté de circulation pourrait conduire à un double déracinement, en ce qu'elle ne prévoirait ni droit à la libre circulation des membres de sa famille, ni reconnaissance dans l'État d'accueil de son

entraînant la perte de la qualité de citoyen européen, l'arrêt CJUE, Gr. ch., 2 mars 2010, *Rottman*, aff. C-135/08, *Rec.*, 2010, p. I-01449, *AJDA*, 2010, p. 937, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT ; *D.*, 2010, p. 2868, obs. O. BOSKOVIC ; *RCDIP*, 2010, p. 540, note P. LAGARDE ; *RSC*, 2010, p. 709, chron. L. IDOT ; *RTD eur.*, 2010, p. 599, chron. L. COUTRON ; *ibid.*, p. 617, chron. É. PATAUT ; *Rev. UE*, 2013, p. 45, chron. E. SABATAKAKIS).

⁸⁸⁷ Voir *supra*, n° 163.

⁸⁸⁸ Voir *infra*, n°s 177-182.

⁸⁸⁹ CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R. c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-413/99, *Rec.*, 2002, p. I-07091 ; *AJDA*, 2003, p. 1038, chron. J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT ; *RSC*, 2003, p. 156, obs. L. IDOT.

⁸⁹⁰ CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, *Rec.*, 2011, p. I-3375, point 33 ; *D.*, 2011, p. 1604, note S. CORNELOUP ; *ibid.*, p. 390, obs. F. JAULT-SESEKE ; *RTD eur.*, 2011, p. 564, obs. É. PATAUT ; *AJDA*, 2011, p. 1614, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT ; *JCP G*, n° 27, 2011, p. 800, note S. HENNION ; *JCP S*, n° 30, 2011, p. 1363, comm. J. CAVALLINI ; *JDI*, n° 2, 2012, p. 772, obs. S. FRANCO.

identité telle que définie par son État national, et notamment de son statut personnel et familial. Les institutions européennes ont considéré qu'une telle situation était de nature à compliquer l'intégration du libre circulant dans l'État membre d'accueil, et à nuire à l'exercice effectif de sa liberté de circulation⁸⁹¹. Ce constat a donné lieu à une double évolution du droit de l'Union européenne en la matière.

165. D'une part, le droit à la libre circulation des personnes a été étendu aux membres de la famille ressortissants d'États tiers du citoyen européen libre circulant. Un tel droit résulte aujourd'hui de la directive 2004/38/CE, et non du traité lui-même, et est entièrement subordonné à l'exercice par le citoyen européen de son droit à la libre circulation⁸⁹². Ainsi, premièrement, le membre de la famille ressortissant d'un État tiers ne dispose de ce droit que si le citoyen européen a exercé son droit à la liberté de circulation, exercice qui fait de ce dernier un « bénéficiaire » de la directive au sens de l'article 3 § 1 de ce texte. La Cour de justice de l'Union européenne a très clairement affirmé en ce sens que la « directive n'est pas applicable à un citoyen de l'Union qui n'a jamais fait usage de son droit de libre circulation, qui a toujours séjourné dans un État membre dont il possède la nationalité et qui jouit, par ailleurs, de la nationalité d'un autre État membre »⁸⁹³, si bien que dans l'affaire qui lui était alors soumise, le conjoint, ressortissant jamaïcain, d'une citoyenne britannique vivant au Royaume-Uni n'a pas pu se fonder sur ce texte pour entrer sur le territoire de cet État membre. Une telle solution doit *a fortiori* être étendue aux cas dans lesquels le citoyen européen concerné a toujours vécu dans son État membre national et ne dispose de la nationalité d'aucun autre État membre. Secondement, en principe, le droit au séjour des membres de la famille ressortissants d'États tiers n'est pas affecté lorsque le séjour du citoyen européen dans un État membre différent de son État national prend fin, que ce soit en raison de son décès⁸⁹⁴ ou d'une séparation⁸⁹⁵. Mais la pérennisation de ce droit des membres de la famille est soumise à des conditions relatives à la durée de leur séjour sur le territoire de l'État membre d'accueil avant le départ du citoyen européen, à une couverture sociale et à leurs ressources qui doivent désormais être suffisantes pour qu'eux-mêmes et les membres de leur famille ne deviennent pas une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil. Ces deux dernières conditions pouvaient n'avoir été remplies que par le seul citoyen européen lorsque lui-même y séjournait,

⁸⁹¹ Voir sur ce point le considérant 5 de la directive 2004/38 précitée.

⁸⁹² Dans le même sens, soulignant, dans le cadre d'une analyse de l'extension de la liberté de circulation des travailleurs, que le droit au regroupement familial « n'est pas accordé à la femme ou à l'enfant, mais *il est la conséquence d'un droit octroyé au travailleur* », voir Alegría BORRÁS, « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *RCADI*, vol. 317, 2005, pp. 1-536, spéc. p. 350, n° 26. C'est nous qui soulignons.

⁸⁹³ CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, précité, point 43.

⁸⁹⁴ Article 12 de la directive 2004/38/CE précitée.

⁸⁹⁵ Article 13 de la directive 2004/38/CE précitée.

si bien que le maintien de sa famille dans l'État d'accueil après la rupture du lien qui l'unissait à elle n'est pas certain. Ces deux éléments mettent bien en évidence la précarité du droit à la libre circulation des membres de la famille du citoyen européen et la différence de nature qui existe entre ce droit et celui dont ce dernier dispose en vertu du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Cette différence souligne qu'à travers ce « droit dérivé »⁸⁹⁶ des membres de la famille, c'est bien le droit « fondamental »⁸⁹⁷ du citoyen européen à la libre circulation dont les institutions européennes cherchent à garantir l'exercice.

166. Mais l'Union européenne a, d'autre part, considéré que le fait que les membres de la famille du citoyen européen puissent l'accompagner ou le rejoindre dans le cadre de son séjour sur le territoire d'un État membre autre que son État national n'était pas suffisant pour garantir l'exercice effectif de son droit à la libre circulation. Que le citoyen européen circule seul ou en famille, son statut personnel et familial ne doit pas être altéré à l'entrée sur le territoire de l'État membre d'accueil, sous peine de le dissuader de faire usage de son droit élémentaire à la libre circulation. Étant donné que l'un des objectifs de l'Union européenne est de créer un espace de liberté de sécurité et de justice, sans frontières intérieures, au sein duquel la libre circulation des personnes est assurée, le passage d'un État membre à l'autre doit être le plus neutre possible s'agissant du statut du citoyen européen. De part et d'autre des frontières entre États membres, un couple marié doit rester marié ; l'enfant ne doit pas perdre l'un de ses parents ; il doit par ailleurs garder le nom qui lui a été transmis à la naissance⁸⁹⁸ ; une seule procédure de divorce doit suffire pour séparer un couple ; le bien recueilli lors de la séparation ou du décès de l'un des époux doit rester dans le patrimoine auquel il a été affecté, etc. Il est permis de remarquer que ce souci de continuité du statut d'un État à l'autre n'est pas nouveau. Pillet affirmait-il ainsi avec force qu'« [e]n principe et réserve faite des exceptions [...], les droits régulièrement acquis doivent être internationalement respectés. La grande force de ce principe est son évidente nécessité. Concevrait-on qu'un homme en quittant sa patrie se trouvât par le fait dépouillé du vêtement de droits et de devoirs qui constitue sa personne juridique et sociale ? Est-il admissible qu'en passant d'un État dans un autre un homme perde les qualités d'enfant légitime, d'époux, de père de famille, qu'il avait régulièrement acquises ? Et cependant ces droits, ces qualités, ces prérogatives, ont eu leur base dans des actes ou dans des faits juridiques accomplis à l'étranger : ils ne peuvent produire leur effet que si l'on reconnaît dans les relations

⁸⁹⁶ Sur cette qualification du droit des membres de la famille du citoyen européen, voir l'arrêt *McCarthy* précité, point 42 : « les droits conférés par cette directive aux membres de la famille d'un bénéficiaire de celle-ci sont *non pas des droits propres* auxdits membres, *mais des droits dérivés*, acquis en leur qualité de membre de la famille du bénéficiaire » (c'est nous qui soulignons).

⁸⁹⁷ CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, précité, point 33.

⁸⁹⁸ Sur les difficultés posées par cette question et les solutions apportées par la Cour de justice, voir *infra*, n^{os} 278-292.

internationales la régularité et l'efficacité des sources dont ils dérivent »⁸⁹⁹. L'harmonie internationale des solutions constitue donc déjà un objectif essentiel du droit international privé commun⁹⁰⁰. Mais son association à la libre circulation des personnes et aux éléments constitutifs du « statut fondamental des ressortissants des États membres »⁹⁰¹ a semblé justifier, aux yeux du législateur européen, d'en retenir une conception absolue.

167. Transition. – Aussi, c'est parce qu'elles ont estimé qu'à défaut de circulation du statut, la circulation physique des citoyens européens serait source de difficultés telles qu'elles menaceraient l'effectivité de ce droit que leur confèrent les traités, que les institutions européennes ont poursuivi l'adoption de mesures volontaristes pour assurer la continuité des situations juridiques familiales au sein de l'Union européenne. Cette démarche s'est néanmoins heurtée à l'hétérogénéité des droits nationaux et à une compétence très partielle de l'Union européenne en matière familiale.

II. L'insurmontable diversité des droits nationaux de la famille

168. Impossible harmonisation du droit matériel de la famille. – L'harmonisation du droit matériel de la famille des États membres a pu être perçue par une partie de la doctrine comme le meilleur moyen d'assurer la libre circulation du statut familial des citoyens européens, et donc de garantir l'exercice de la libre circulation des personnes. La question fait l'objet de travaux nombreux⁹⁰², qui soulignent la proximité qui existe entre les droits nationaux de la famille au sein de l'Union européenne, proximité qui s'explique à la fois par des racines culturelles communes, et une évolution convergente, notamment sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁰³. Il serait dès lors possible de trouver une voie de compromis autour de grandes tendances partagées par l'ensemble des États membres en matière

⁸⁹⁹ Antoine PILLET, *Principes de droit international privé*, Pedone, 1903, xii-586 p., spéc. n° 283, p. 514.

⁹⁰⁰ Sur cet objectif, voir notamment Marie-Claude NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Dalloz, 2005, xix-705 p., spéc. n°s 74-77, pp. 77-80 ; Wilhelm WENGLER, « The general principles of private international law », *RCADI*, vol. 104, 1961, pp. 273-469, spéc. pp. 354-374.

⁹⁰¹ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.*, 2001, p. I-06193, point 31. Pour les commentaires de cet arrêt, voir *D.*, 2001, p. 2943 ; *Dr. soc.*, 2001, p. 1103, note J.-P. LHERNOULD ; *RDSS*, 2002, p. 396, obs. I. DAUGAREILH ; *RTD eur.*, 2003, p. 553, note F. DAVID.

⁹⁰² Sur ce point, voir notamment Katharina BOELE-WOELKI, « The road towards a European family law », *Electronic Journal of Comparative Law*, novembre 1997, vol. 1.1, pp. 1-16 (également disponible à l'adresse suivante : <http://www.ejcl.org/11/art11-1.html>) ; et parmi les nombreux ouvrages publiés dans le cadre des travaux de la Commission sur le droit européen de la famille (*Commission on European Family Law* - CEFL), Katharina BOELE-WOELKI, Nina DETHLOFF, Werner GEPHART (dir.), *Family law and culture in Europe. Developments, challenges and opportunities*, Cambridge, Anvers, Portland (Oregon), Intersentia, vol. 35, 2014, xvii-360 p.

⁹⁰³ L'interprétation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de Strasbourg a largement contribué à ce mouvement de convergence des droits nationaux de la famille. Voir notamment sur cette influence, Andrea BÜCHLER, Helen KELLER (dir.), *Family forms and parenthood. Theory and practice of article 8 ECHR in Europe*, Cambridge, Intersentia, vol. 40, 2016, xxiii-544 p. ; Hugues FULCHIRON, « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Defrénois*, 2005, n° 19, pp. 1461-1478.

familiale⁹⁰⁴ : la nature monogamique du mariage⁹⁰⁵, la possibilité de divorcer⁹⁰⁶, l'admission de la filiation naturelle, l'admission des couples homosexuels et la juridicisation progressive de leur statut⁹⁰⁷, etc.

Néanmoins, à court terme, l'harmonisation du droit matériel de la famille des États membres ne saurait constituer le vecteur de la libre circulation du statut familial des citoyens européens. Cela résulte dans un premier temps du défaut de compétence de l'Union européenne s'agissant du droit substantiel de la famille. Aucune disposition des traités ne donne compétence à l'Union pour unifier, uniformiser ou harmoniser⁹⁰⁸ les droits nationaux en la matière. L'organisation étant régie par le principe d'attribution des compétences, une révision des traités serait nécessaire pour modifier le *statu quo*. Bien plus, certaines dispositions du droit de l'Union européenne protègent expressément la compétence des États membres⁹⁰⁹ s'agissant de certaines institutions familiales. Ainsi de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁹¹⁰ qui rappelle que « [l]e droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis *selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* »⁹¹¹. À cet égard, il faut noter le refus de la Cour de justice de l'Union de définir directement le mariage et d'obliger les États membres à intégrer dans leur législation le mariage homosexuel⁹¹², de même que son refus

⁹⁰⁴ Sur les points de convergence des droits nationaux de la famille en Europe et sur les procédés d'harmonisation matérielle, par intervention ou par évolution, voir Alfred RIEG, « L'harmonisation européenne du droit de la famille : mythe ou réalité ? », in *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck à l'occasion de son 65^{ème} anniversaire*, Fribourg, Éditions universitaires, 1990, pp. 473-499.

⁹⁰⁵ Si, par le jeu du droit international privé, un mariage polygamique célébré valablement à l'étranger peut produire certains effets dans les États membres, la célébration d'un tel mariage sur le territoire de ces États est prohibée.

⁹⁰⁶ Depuis que Malte a introduit le divorce dans sa législation en juillet 2011, tous les États membres de l'Union européenne connaissent ce mode de dissolution du mariage.

⁹⁰⁷ Le mariage homosexuel n'est pas admis dans l'ensemble des États membres. Plusieurs États ont en revanche introduit dans leur législation un partenariat enregistré ou réservé aux couples homosexuels. Les États membres n'ayant prévu aucun statut juridique pour les couples de personnes de même sexe vont être amenés à modifier leur législation à la suite de l'arrêt *Oliari et al. c. Italie* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 21 juillet 2015 (requêtes n^{os} 18766/11 et 36030/11 ; *D.*, 2015, p. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHT ; *ibid.*, p. 755, obs. J.-C. GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT ; *AJ fam.*, 2015, p. 165, obs. E. VIGANOTTI ; *ibid.*, p. 77, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE) et qui oblige les États parties à la Convention européenne des droits de l'homme, sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familiale de l'article 8, à introduire dans leur législation une forme de reconnaissance juridique des couples homosexuels.

⁹⁰⁸ Sur la différence entre ces différents procédés, voir *infra*, n^o 177.

⁹⁰⁹ La répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres étant régie par le principe d'attribution des compétences (en vertu duquel « l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres » (article 5 TUE, le principe étant énoncé à l'article 4)), une telle mention d'une compétence nationale ne saurait être analysée comme une « attribution de compétence » à un État. Il conviendrait en revanche de l'interpréter comme une mise en exergue de l'importance de la question et de sa dimension nationale du point de vue des États membres. Sur l'attachement au caractère national du droit de la famille, voir *infra*, n^{os} 169, 475-477.

⁹¹⁰ JOCE, n^o C 326/391, 26 octobre 2012.

⁹¹¹ C'est nous qui soulignons.

⁹¹² CJCE, 31 mai 2001, *D. et Suède c. Conseil*, aff. jointes C-122/99 et 125/99, point 34 : « il est constant que le terme de "mariage", selon la définition communément admise par les États membres, désigne une union entre deux personnes de sexe différent ». D'autres textes du droit de l'Union européenne révèlent par ailleurs l'impossibilité d'établir une définition européenne du mariage (article 13 du règlement « Rome III » : « Aucune disposition du

d'obliger les États membres à admettre le divorce⁹¹³. Les institutions de l'Union ont par ailleurs longtemps paru attentives à ne pas intervenir sur la définition des institutions familiales, même de manière indirecte⁹¹⁴. Plus récemment, la Cour s'est, par deux fois, montrée moins mesurée, en obligeant les États membres à reconnaître un mariage entre personnes de même sexe valablement célébré dans un autre État membre⁹¹⁵, et en excluant un mineur placé sous la tutelle d'un citoyen de l'Union au titre de la *kafala* algérienne de la catégorie des descendants directs dès lors que ce régime ne crée pas de lien de filiation entre eux⁹¹⁶. Mais dans l'un et l'autre cas, la Cour circonscrit ses interprétations, « aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé

présent règlement n'oblige les juridictions d'un État 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 »). Le droit du Conseil de l'Europe ne se risque pas plus à l'extension de l'institution matrimoniale aux couples de personnes de même sexe (CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, *Rec. CEDH*, 2010-IV, p. 409, points 61 et 63 : « prenant en compte l'article 9 de la Charte [des droits fondamentaux de l'Union européenne], la Cour ne considère plus que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention doive en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé. C'est pourquoi on ne saurait dire que l'article 12 ne s'applique pas au grief des requérants. Néanmoins, en l'état actuel des choses, l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des États contractants. [...] En bref, la Cour conclut que l'article 12 n'impose pas au gouvernement défendeur l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel ». Voir les commentaires de l'arrêt : *D.*, 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *AJ fam.*, 2010, p. 333, somm. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD civ.*, 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.*, p. 765, obs. J. HAUSER ; *Constitutions*, 2010, p. 557, obs. L. BURGORGUE-LARSEN ; *JCP G*, 2010, p. 1013, obs. H. FULCHIRON ; *ibid.*, act. 768, p. 1412, obs. C. PICHERAL ; *Dr. fam.*, 2010, comm. 143, note E. LAGARDE).

⁹¹³ Voir l'article 13 du règlement « Rome III » précité. La précaution de ce texte relative au divorce est, certes, devenue sans objet depuis que Malte a introduit le divorce dans sa législation, mais elle reste révélatrice à la fois de l'impossibilité pour l'Union de définir les institutions familiales, et de l'attachement des États membres à leur législation nationale s'y rapportant (voir *infra*). Comp. la réponse de la Cour européenne des droits de l'homme à la question de savoir si une législation prohibant le divorce (celle de l'Irlande à cette époque) est contraire à la Convention : CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston et autres c. Irlande*, req. n° 9697/82, *Série A*, n° 112, points 52 et 54 sur la violation de l'article 12 : « même si, comme l'affirment les requérants, 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. [...] Partant, les requérants ne sauraient déduire de l'article 12 un droit de divorcer » ; et point 57 sur la violation de l'article 8 : « l'article 8, qui utilise la notion assez vague de "respect" de la vie familiale, pourrait sembler se prêter mieux que l'article 12 à une interprétation évolutive. Néanmoins, la Convention doit se lire comme un tout ; la Cour ne croit pas que l'on puisse logiquement déduire de l'article 8, texte de but et de portée plus généraux, un droit au divorce exclu, elle l'a constaté, de l'article 12 ». Sur cet arrêt, voir Kathleen M. DILLON, « Divorce and remarriage as human rights : the Irish Constitution and the European Convention on Human Rights at odds in *Johnston v. Ireland* », *Cornell International Law Journal*, 1989, vol. 22, issue 1, article 5, pp. 63-90.

⁹¹⁴ L'article 22 du règlement « Aliments » prévoit ainsi que « [l]a 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 » (c'est nous qui soulignons). Cependant, il apparaît que le système de droit international privé de la famille de l'Union, en créant les conditions d'une concurrence entre les droits nationaux des États membres et leurs juridictions, peut aboutir à une harmonisation indirecte des droits internes de la famille. Sur ce point, voir *infra*, n°s 239-244.

⁹¹⁵ CJUE, Gr. ch., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16 ; *AJDA*, 2018, p. 1603, chron. P. BONNEVILLE, E. BROUSSY, H. CASSAGNABÈRE, C. GÄNSER ; *AJ fam.*, 2018, p. 404, obs. G. KESSLER ; *D.*, 2018, p. 1674, note H. FULCHIRON, A. PANET ; *RTD eur.*, 2018, p. 673, obs. É. PATAUT ; *RTD civ.*, 2018, p. 858, obs. L. USUNIER ; *JCP G*, 2018, p. 874, note G. WILLEMS ; *Dr. fam.*, 2018, comm. 199, note J.-R. BINET. Sur cet arrêt, voir *infra*, n°s 294, 395.

⁹¹⁶ CJUE, Gr. ch., 26 mars 2019, *SM c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, aff. C-129/18 ; *AJDA*, 2019, p. 667 ; *D.*, 2019, p. 642 ; *RCDIP*, 2019, p. 768, note P. HAMMJE ; *AJ fam.*, 2019, p. 283, obs. J. HOUSSEIER ; *RTD eur.*, 2019, p. 717, obs. É. PATAUT ; *Europe*, 2019, p. 184, obs. A. RIGAUX.

à un ressortissant d'un État tiers »⁹¹⁷ dans le premier arrêt, « au sens de l'article 2, point 2, sous c), de la directive 2004/38 »⁹¹⁸ dans le second.

169. Irréductibilité mutuelle des droits nationaux en matière familiale. – Un rapprochement des droits nationaux de nature à favoriser la circulation du statut familial des citoyens européens ne saurait ainsi résulter que d'une initiative des États membres, en dehors du cadre institutionnel de l'Union européenne. Il est en effet, en théorie, tout à fait envisageable pour ces États ou certains d'entre eux de conclure une convention soumise au droit international public, dans une matière qui, comme le droit de la famille, ne relève pas du domaine matériel du droit de l'Union. Une initiative pourrait naître dans un cadre strictement interétatique, étant donné qu'aucune organisation intergouvernementale n'est compétente en la matière⁹¹⁹. Cependant, en pratique, une telle évolution est inenvisageable, pour les mêmes raisons que celles qui ont présidé à la décision des États membres de ne pas inclure le droit de la famille dans le champ d'application matériel des traités européens. Le droit de la famille est perçu par les États membres comme étant la traduction juridique de leurs conceptions sociales et culturelles respectives⁹²⁰ et constitue ainsi le meilleur marqueur de l'identité d'un ordre juridique donné⁹²¹. La matière est dès lors traditionnellement gouvernée par le principe de souveraineté, la loi représentant l'instrument de promotion d'un ou de plusieurs modèles familiaux définis. Elle est par ailleurs peu propice à l'harmonisation, chaque État souhaitant

⁹¹⁷ CJUE, Gr. ch., 5 juin 2018, *Coman*, précité, point 45.

⁹¹⁸ CJUE, Gr. ch., 26 mars 2019, *SM*, précité, point 54.

⁹¹⁹ La Conférence de La Haye de droit international privé, si elle peut intervenir en matière familiale, n'a, comme son nom l'indique, qu'une compétence conflictuelle, et non matérielle. Quant à la Commission internationale de l'état civil, son « but est de promouvoir la coopération internationale en matière d'état civil et d'améliorer le fonctionnement des services nationaux d'état civil ». Elle n'est en revanche pas compétente s'agissant des questions de fond en matière familiale.

⁹²⁰ En ce sens, voir notamment Danièle MAYER, « Évolution du statut de la famille en droit international privé », *JDI*, 1977, pp. 447-469, spéc. n° 1, p. 447 : « Nul ne songerait à contester le particularisme du droit de la famille : d'abord parce que c'est une branche du droit qui dépend le plus directement du système de valeurs admis à un moment donné par une société donnée ; ensuite et surtout, parce que, dans le phénomène familial, droit et mœurs cohabitent continuellement, intimement liés, s'appuyant l'un sur l'autre » ; Salma TRIKI, *La coordination des systèmes juridiques en droit international privé de la famille*, th. dactyl., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2013, xii-589 p., spéc. p. 8 : l'auteure relève qu'en droit de la famille, malgré « la circulation des modèles juridiques [...] la connotation identitaire reste globalement forte. [...] Le changement par le droit y est difficile », la matière « [constituant], en effet, dans tout pays le reflet des données sociales, culturelles, économiques, morales et religieuses ». Voir aussi Alfred RIEG, « L'harmonisation européenne du droit de la famille : mythe ou réalité ? », in *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg, Éditions universitaires, 1990, pp. 473-499 ; Stephen CRETNEY, « Breaking the shackles of culture and religion in the field of divorce », in *Common core and better law in European family law*, Katharina Boele-Woelki (dir.), Anvers, Oxford, Intersentia, 2005, pp. 3-14, spéc. p. 8 : « Of course, religious and other ideological values may often be a factor influencing the scope of reform which can be achieved [...] [...] These may be regarded as matters of detail, but the differences may reflect significant differences in the cultural attitudes of groups in the different countries ».

⁹²¹ En ce sens, voir notamment Solange VIGAND, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, th. dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 2005, 517 p., p. 13 : « [Les différents droits européens de la famille] sont l'expression d'une identité nationale » ; Salma TRIKI, *op. cit.*, *loc. cit.* : l'auteure constate que malgré la « circulation des modèles juridiques [...] la connotation identitaire reste globalement forte » en droit de la famille.

« voir triompher sa propre conception du mariage et de la famille »⁹²² et n'accorder sa protection qu'au modèle auquel il est attaché.

Les réticences du droit matériel de la famille à l'harmonisation sont d'autant plus difficiles à surmonter que les droits nationaux des États membres de l'Union européenne, bien qu'ils partagent certains traits communs⁹²³, s'opposent frontalement sur des questions qui constituent le cœur de la matière, plus particulièrement relatives à la création du lien familial⁹²⁴. Si les États membres ont longtemps partagé la vision d'un mariage hétérosexuel et monogame, transformée par le législateur et une partie de la doctrine en marqueur de l'identité occidentale s'affirmant contre celle des États du monde arabo-musulman⁹²⁵, une ligne de fracture sépare aujourd'hui les États membres qui maintiennent une conception hétérosexuelle du mariage et ceux qui ont ouvert l'institution matrimoniale aux couples de personnes de même sexe. Parallèlement, aux divisions relatives à l'admission des filiations naturelle et adultérine ont succédé les oppositions nées des techniques d'assistance médicale à la procréation, qu'elles soient ou non en lien avec une question d'homoparenté.

Ces différences sont fondamentales dans la perspective d'un rapprochement matériel des droits de la famille en Europe. En effet, d'une part, la famille n'est pas définie juridiquement ; en droit, elle ne s'apprécie qu'au travers des liens qui se nouent entre les individus⁹²⁶. Des

⁹²² Marcel CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Sirey, 1927, xii-490 p., spéc. p. 490.

⁹²³ Voir *supra*, n° 168.

⁹²⁴ En ce sens, voir Aude FIORINI, « Rome III. Choice of law in divorce : is the europeanization of family law going too far ? », *International Journal of Law, Policy and Family*, 2008, pp. 178-205, spéc. p. 192 : « *Given the apparent lack of common values in a number of core areas of family law, there is consensus that the harmonisation of material family law would be if not impossible, at least premature* ».

⁹²⁵ Une partie de la doctrine s'est alors employée à construire une opposition radicale entre ces systèmes juridiques. Le doyen Carbonnier a ainsi pu dire que « [l']Islam, avec sa polygamie, fût-elle théorique, est plus étranger à notre âme que n'importe quel autre système de droit », « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle : études offertes à Georges Ripert*, t. I, LGDJ, 1950, pp. 325-346, spéc. p. 341. Sur la perception des institutions familiales de droit musulman par la doctrine et la jurisprudence françaises au travers de l'exemple de la polygamie, voir notamment Marie-Claude NAJM, *op. cit.*, n°s 38-42, pp. 323-336. Plus largement, voir Léna GANNAGÉ, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI*, vol. 357, 2013, pp. 223-489.

⁹²⁶ Liens juridiques traditionnellement, mais aussi, de plus en plus, liens de fait sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit au respect de la vie familiale. La Cour examine si une vie familiale existe en fait qui pourrait bénéficier de la protection offerte par la Convention, peu important que le lien dont il s'agit a fait l'objet d'une consécration juridique (CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, req. n° 76240/01 ; *D.*, 2007, p. 2700, note F. MARCHADIER ; *RCDIP*, 2007, p. 807, note P. KINSCH ; *JDI*, 2008, p. 183, note L. D'AVOUT ; *Gaz. Pal.*, 2008, n° 82, p. 30, note M.-L. NIBOYET ; *RJPF*, 2007, n° 11, p. 23, obs. M.-C. LE BOURSICOT : la Cour a constaté l'existence d'une vie familiale depuis le rendu d'un jugement d'adoption à l'étranger) ou non (arrêt *Johnston*, précité). En revanche, il ne s'agit pas de créer un lien juridique auquel ne préexisterait pas une vie familiale de fait. La Cour a ainsi jugé que « [l]a notion de "famille" visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres liens "familiaux" *de facto*, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital et une relation a suffisamment de constance. Par ailleurs, les dispositions de l'article 8 ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter. Le droit au respect d'une "vie familiale" ne protège pas le simple désir de fonder une famille ; il *présuppose l'existence d'une famille* » : arrêt CEDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli*, req. n° 25358/12, point 67 (voir les commentaires de la décision : *D.*, 2015, p. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHT ; *ibid.*, p. 755, obs. J.-C. GALLOUX,

divergences relatives à la création juridique du lien familial révèlent donc des visions différentes de l'essence de la famille. D'autre part, des différences au niveau de la création du lien ont nécessairement des répercussions sur ses effets et les modalités de sa rupture. Ainsi du divorce, dont l'admissibilité et les modalités sont indissociables de la conception nationale du mariage. « [T]erme des effets du mariage » selon Batiffol⁹²⁷, le divorce a longtemps été interdit dans les États européens où prédominait la dimension religieuse de l'union matrimoniale. Si une telle prohibition n'a plus cours dans aucun État membre de l'Union européenne, le divorce est plus difficile à obtenir dans les États membres dans lesquels le caractère sacramentel du mariage religieux influence l'institution civile du mariage⁹²⁸. En matière de filiation, la possibilité et les modalités de contestation du lien sont tributaires de la vision de la filiation – sociologique ou biologique – adoptée par l'État en cause. Par ailleurs, les différences de conception relatives à la constitution de la famille ont des répercussions sur la perception des devoirs et obligations de ses membres (ce qui concerne notamment les questions alimentaires et de responsabilité parentale), et les questions relatives à la transmission du patrimoine (ce qui affecte à la fois les régimes matrimoniaux et les successions). Finalement, il semble que les tendances communes aux États membres de l'Union aient plus été définies par opposition aux modèles proposés par des États tiers que par adhésion à un modèle commun.

170. L'impossibilité de passer outre les divergences matérielles entre les différents droits nationaux de la famille a mis en évidence la dualité des frontières au sein même de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Alors que la consécration de la liberté de circulation des personnes, envisagée comme une liberté essentiellement économique, a permis de repousser les frontières aux limites extérieures du territoire de l'Union, la circulation du statut familial se heurte à des frontières intérieures qui subsistent entre les États membres en matière familiale.

171. Transition. – À partir de ce constat, le droit de l'Union a choisi de mettre en œuvre une solution paradoxale : pour construire un espace de liberté, de sécurité et de justice sans

H. GAUMONT-PRAT ; *AJ fam.*, 2015, p. 165, obs. E. VIGANOTTI ; *ibid.*, p. 77, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE). C'est nous qui soulignons.

⁹²⁷ Voir sur cette expression le commentaire de l'arrêt Civ., 17 avril 1953, *Rivière* par Bertrand Ancel et Yves Lequette : *GADIP*, n° 26, spéc. n° 7, p. 237.

⁹²⁸ En Italie, le divorce a été introduit par la loi n° 898 du 1^{er} décembre 1970 qui imposait aux époux désireux d'obtenir un divorce de justifier d'une séparation ininterrompue pendant au moins cinq à sept ans selon les cas (article 3). Ce délai a ensuite été réduit à trois ans par la loi n° 74 du 6 mars 1987, et enfin à six mois à un an selon les cas par la loi n° 55 intervenue en mai 2015 (sur l'évolution et le régime du divorce en Italie, voir Leonardo LENTI, Umberto ROMA, V° « Législation comparée : Italie. Mariage et dissolution », *JCl. Notarial Répertoire*, fasc. 2, 1^{er} juin 2007, spéc. n°s 55-69 ; Leonardo LENTI, « Rapport italien. Droit de la famille », *Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Journées italiennes de Turin et Côme, 2017, t. LXVII, Bruxelles, Paris, Bruylant, LB2V, 2018, pp. 381-392, spéc. points 2.4 et 2.5, pp. 385-386. En Irlande, la séparation, continue ou non, doit avoir duré au moins quatre ans au cours des cinq années précédant la date d'introduction de l'instance (article 41.3.2, i) de la Constitution irlandaise du 1^{er} juillet 1937, [en ligne], consulté le 15 avril 2016. URL : <https://mjp.univ-perp.fr/constit/ie1937.htm>).

frontières intérieures, le droit de l'Union européenne a recours au droit international privé de la famille, alors même que la matière postule l'existence de frontières et le respect de leur intégrité.

SECTION 2 : L'UNIFORMISATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE COMME CONDITION D'UN ESPACE SANS FRONTIÈRES INTÉRIEURES

172. Plan. – Du point de vue de la cohérence du droit de l'Union européenne, l'uniformisation du droit international privé de la famille des États membres pose deux problèmes : l'inadéquation du moyen aux fins (I) et la contradiction entre droit primaire et droit dérivé (II).

I. Une distorsion entre les présupposés du droit international privé et la fin poursuivie par le droit international privé de l'Union

173. Le règlement des questions conflictuelles relatives au statut familial étant conçu comme une condition de la libre circulation des personnes, le droit international privé est perçu dès l'origine comme un instrument de la construction d'un espace sans frontières intérieures. Et c'est ici que surgit le paradoxe.

174. L'existence d'ordres juridiques distincts comme présupposé du droit international privé. – D'un côté, le recours au droit international privé, matière qui présuppose l'existence d'ordres juridiques distincts et de frontières, procède nécessairement d'une reconnaissance de la subsistance des frontières intérieures en matière familiale⁹²⁹. Le droit international privé « travaille [en effet] à la coordination de systèmes distincts coexistants, afin de soumettre à un régime défini les relations privées qui, par leur caractère international, se présentent comme s'insérant simultanément dans plusieurs systèmes différents »⁹³⁰. Cette reconnaissance ressort, même indirectement, des différentes analyses des institutions européennes relatives aux difficultés effectivement ou potentiellement rencontrées par les citoyens européens exerçant leur liberté de circulation dans un autre État membre. La Commission souligne ainsi que « l'accroissement de la mobilité des citoyens au sein de l'Union

⁹²⁹ Voir *supra*, n^{os} 168-170.

⁹³⁰ Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, réed., 2002, 346 p., spéc. n^o 7, p. 19. Dans le même sens, Karl KREUZER, « La communautarisation du droit international privé. Les acquis et les perspectives », in *Unifier le droit : le rêve impossible*, Louis Vogel (dir.), Éditions Panthéon-Assas, 2001, pp. 97-137, spéc. p. 98 : « Le droit international privé est un droit de coordination de lois matérielles nationales divergentes. Son application présuppose donc la diversité des lois à coordonner ».

européenne a entraîné une hausse du nombre de mariages "internationaux", dans lesquels les conjoints sont de nationalités différentes ou vivent dans un État membre dont ils ne sont pas ressortissants. Lorsqu'un couple "international" décide de divorcer, plusieurs droits peuvent être invoqués »⁹³¹, étant donné le défaut d'harmonisation des droits nationaux de la famille des États membres. Plus directement, lors d'une réunion du Conseil relative aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, certaines délégations nationales, tout en relevant l'importance de ces questions pour les citoyens de l'Union, ont rappelé que l'adoption des propositions de règlements en la matière n'aurait « aucune incidence sur les institutions sous-jacentes du mariage et du partenariat, qui demeurerait des matières définies par les législations nationales des États membres. [Les règlements] ne contiendraient aucune disposition qui imposerait aux États membres d'instaurer dans leur droit national l'institution du partenariat enregistré »⁹³². Une telle mise en exergue de la compétence des États membres en matière familiale et donc de l'existence de frontières intérieures en la matière se retrouve aussi dans quelques-uns des règlements adoptés en droit international privé de la famille. Ainsi du règlement Aliments dont l'article 22 prévoit 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 »⁹³³. Une telle disposition semble induire que les institutions européennes ont bien envisagé, et reconnu, les cas dans lesquels le statut familial est susceptible de se heurter aux frontières nationales. Il faut noter encore une fois⁹³⁴ que ces cas, qui cristallisent les réticences des États à la circulation du statut, concernent les questions de création du lien familial.

175. Le droit international privé au service de la fusion des ordres juridiques nationaux. – D'un autre côté, les mécanismes du droit conflictuel, qui ont en principe pour but de coordonner les ordres juridiques en respectant le plus possible leurs spécificités et en particulier celles de l'ordre juridique du for, doivent ici contribuer à la construction d'un espace sans frontières intérieures. En d'autres termes, l'Union européenne envisage ici le droit international privé de la famille comme un instrument de neutralisation des frontières nationales

⁹³¹ Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce, COM(2005), 82 final.

⁹³² Conseil Justice et affaires intérieures, Résultats de la session n° 3433, Bruxelles, 3 et 4 décembre 2015, p. 5, [en ligne], consulté le 22 mai 2016. URL : http://www.consilium.europa.eu/fr/meetings/jha/2016/03/st06969_en16.pdf/

⁹³³ Pour une analyse détaillée de cet article, voir *infra*, n°s 371-376. Un mécanisme similaire se retrouve à l'article 13 du règlement « Rome III » (« Différences dans le droit national »), voir *supra*, note 912, et *infra*, n°s 378-380.

⁹³⁴ C'est en effet également le cas de l'article 13 du règlement « Rome III ».

qui se maintiennent en matière familiale. Cette aporie a fait dire à beaucoup d'auteurs⁹³⁵ que le droit international privé et le droit de l'Union européenne relevaient de logiques inconciliables. Dès lors, pour faire fonctionner ensemble ces deux matières, des adaptations sont nécessaires pour lesquelles deux voies sont ouvertes. La première consiste à appréhender le droit international privé pour ce qu'il est, c'est-à-dire un instrument qui ne peut en aucun cas aboutir à une suppression des frontières, qui sont au fondement de son existence, et donc à admettre une limitation de fait potentielle, en cas d'obstacle à la circulation du statut personnel ou familial, de la circulation des personnes. Une telle approche est non seulement compatible mais semble même être prescrite par les traités. Tout d'abord, l'article 21 TFUE prévoit que les citoyens de l'Union ont « le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités* »⁹³⁶. Ensuite, comme cela a pu être relevé⁹³⁷, les traités confèrent à l'Union européenne une compétence restreinte en matière conflictuelle : l'article 81 § 2, *littera c* TFUE ne permet en principe aux

⁹³⁵ Voir notamment Léna GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, LGDJ, 2001, xiv-382 p., spéc. p. 105 : l'auteure, analysant l'arrêt *Konstantinidis* de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 30 mars 1993, aff. C-168/91, *Rec.*, 1993, p. I-1191), relève que les exigences de la liberté d'établissement ont été invoquées en matière de nom et en déduit que « la motivation qui sous-tend la décision de la Cour de justice révèle des antagonismes irréductibles entre droit communautaire et droit international privé. Ces antagonismes rendent délicate la coexistence des deux disciplines. C'est en effet l'objet même du droit international privé, c'est-à-dire le conflit de lois qui caractérise en l'espèce l'entrave à la liberté d'établissement » ; évoquant des « tensions » entre les techniques respectives de ces matières, David LEFRANC, « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé. Aspects de droit privé », *RCDIP*, 2005, n° 3, pp. 413-446 ; Jean-Sylvestre BERGÉ, « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *Trav. com. fr. DIP*, 2004-2006, Pedone, pp. 29-52. Plus largement, sur les rapports entre le droit de la famille et le droit de l'Union européenne, voir Hélène GAUDEMET-TALLON, « La famille face au droit communautaire », in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, Actes du Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Université Lille II, LGDJ, 1996, pp. 85-116.

⁹³⁶ C'est nous qui soulignons.

⁹³⁷ Vincent HEUZÉ, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois », *JCP G*, 2008, n° 30, pp. 20-23. Reconnaisant le sens étroit que devrait revêtir l'expression mais plaçant pour son « interprétation » large en raison de l'efficacité alléguée du moyen mis en œuvre, voir Olivier REMIEN, « European private international law, the European Community and its emerging Area of freedom, security and justice », *Common Market Law Review*, 2001, pp. 53-86, spéc. pp. 76-77 : « *Does promoting the compatibility mean less than harmonization, or harmonization not amounting to unification, or does it permit and encompass even unification ? The terms are vague, but imply a restrictive meaning. However, the Community experience in this field strongly recommends another approach. The mere "harmonization" of international insurance law by directives is widely considered to be a failure ; the successful Brussels and Rome Conventions, on the other hand, are clearly unifying instruments. If it cannot be made clear what is meant by the quite opaque words "measures promoting the compatibility", it seems preferable and also possible to interpret them as pursuing the course which has been taken so far with a certain success, i.e. setting uniform rules* » (« La notion de promotion de la compatibilité équivaut-elle à moins qu'une harmonisation, à une harmonisation qui n'égalerait pas une unification, ou permet-elle voire recouvre-t-elle l'unification ? Les termes sont vagues, mais impliquent un sens restrictif. Cependant, l'expérience Communautaire dans ce domaine suggère fortement une autre approche. La simple "harmonisation" par directives du droit international des assurances est largement considérée comme un échec ; les conventions de Bruxelles et de Rome, d'un autre côté, sont clairement des instruments d'unification. Si la définition des termes plutôt opaques "mesures favorisant la compatibilité" ne peut être clairement établie, il semble préférable et également possible de les interpréter comme poursuivant la voie jusqu'à présent suivie avec un certain succès, à savoir la détermination de règles uniformes » (traduction libre)). C'est nous qui soulignons. Dans le même sens, « dans un souci d'effet utile », Karl KREUZER, *op. cit.*, p. 134.

institutions de ne prendre des mesures que pour assurer « la *compatibilité* des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence »⁹³⁸. Enfin, comme le souligne Isabelle Barrière-Brousse, cette disposition doit être lue au sein du « cadre juridique protecteur des droits nationaux »⁹³⁹ prévu par le traité en matière familiale : le troisième paragraphe de ce même article instaure une « procédure législative spéciale », selon laquelle le Conseil, après consultation du Parlement européen, statue à l'unanimité sur les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière⁹⁴⁰.

176. C'est pourtant la seconde voie de conciliation du droit international privé et du droit de l'Union qui semble avoir été choisie par les institutions européennes. Les règlements adoptés depuis le règlement « Bruxelles II » révèlent que le droit international privé de la famille de l'Union est entièrement soumis à l'objectif de libre circulation des personnes. C'est donc principalement cette première matière qui fait l'objet d'adaptations⁹⁴¹. Cette opération est d'autant plus paradoxale que d'après les traités, elle ne doit se concrétiser que par la recherche de la *compatibilité* des règles de conflits de lois et de juridictions applicables dans les États membres. Un tel procédé doit permettre à la fois la conservation par chaque État membre de son droit matériel et conflictuel de la famille mais aussi l'application d'une même loi et donc l'application d'une même solution matérielle quelle que soit la juridiction saisie sur l'ensemble du territoire de l'Union. Le premier de ces buts renvoie *a priori* au respect des compétences des États membres et de leur identité nationale, le second s'intègre dans un objectif plus large d'assurer une sécurité juridique aux citoyens de l'Union afin qu'ils puissent effectivement exercer leur liberté de circulation. L'harmonie des règles de conflits de lois et de juridictions adoptées doit donc permettre l'harmonie des solutions rendues sur le territoire de l'Union dans le cadre d'un litige familial transfrontière et ainsi lever les obstacles à la circulation des personnes. Le poids de cet objectif a pourtant incité les institutions de l'Union européenne à adapter le droit international privé aux besoins de la construction européenne, quitte à déformer la lettre des traités.

⁹³⁸ C'est nous qui soulignons. Voir *infra*, n^{os} 177-182.

⁹³⁹ Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE, « L'improbable européenisation du droit international privé de la famille », *JCP G*, n^o 5, 3 février 2014, pp. 178-180, spéc. p. 178.

⁹⁴⁰ Sur la place du respect des traditions et systèmes juridiques nationaux dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile, et notamment familiale, voir *infra*, n^{os} 475-477.

⁹⁴¹ Voir en ce sens, David LEFRANC, *op. cit.*, p. 416 : « Si l'on prête attention à son discours, la Commission ne répugne pas à inféoder le droit international privé à ses propres objectifs. L'entrée en vigueur d'un droit privé uniforme étant impensable à brève échéance, il est question d'utiliser la méthode conflictuelle pour fluidifier les échanges internationaux ».

II. Une lecture extensive des compétences restreintes de l'Union en droit international privé de la famille

177. Compétences restreintes. – À défaut de compétence pour uniformiser ou harmoniser le droit matériel de la famille des États membres, c'est au droit international privé qu'est revenue la charge d'abaisser les frontières qui se dressent face à la circulation du statut familial, et indirectement à la circulation des personnes, alors même que l'Union européenne ne semble avoir reçu des traités aucun pouvoir à cette fin.

Au fondement juridique de l'article 65 du traité CE a succédé en la matière celui de l'article 81 TFUE⁹⁴². Ce texte, à l'image de son antécédent, ne confère à l'Union européenne qu'une compétence très limitée. Il ne s'agit pour elle que d'adopter des « mesures de rapprochement »⁹⁴³ des législations nationales dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile. La « compatibilité »⁹⁴⁴ visée par l'article 81 § 2, *littera c* ne fait que souligner ce qui ressort du premier paragraphe : les règles relatives au droit international privé, notamment en matière familiale, restent, selon la lettre de ce texte, de source nationale. Si l'Union peut agir pour les rapprocher, les rendre compatibles, cela suppose nécessairement qu'elle respecte leur diversité. Il ne s'agit en aucun cas à la lecture du traité d'uniformiser le droit conflictuel des États membres. Au vu de ses compétences d'attribution, l'Union devrait ici assumer une fonction de coordination de la coopération entre les États membres plutôt que d'intégration des droits nationaux⁹⁴⁵, d'autant qu'en matière familiale l'unanimité des votes des membres du Conseil est requise⁹⁴⁶. Alors qu'à la première fonction correspond une démarche d'harmonisation, la seconde est mieux assurée par une uniformisation des droits nationaux. Comme le souligne Mireille Delmas-Marty, la différence entre ces deux procédés est fondamentale⁹⁴⁷ : l'uniformisation désigne l'adoption de « règles identiques incorporées à des

⁹⁴² Pour une critique de l'exclusion de la matière successorale de la notion de « mesures relatives au droit de la famille » afin de permettre une adoption du texte à la majorité et non à l'unanimité des membres du Conseil, voir *supra*, n° 7.

⁹⁴³ Article 81 § 1 TFUE. C'est nous qui soulignons.

⁹⁴⁴ C'est nous qui soulignons.

⁹⁴⁵ Sur la possibilité de retenir une telle interprétation de l'expression « promouvoir la compatibilité », voir Aude FIORINI, « The evolution of European private international law », *ICLQ*, 2008, vol. 57, n° 4, pp. 969-984.

⁹⁴⁶ Voir sur ce point, à l'occasion d'un exposé des arguments des partisans du caractère fédéral des Communautés européennes, Robert ORMAND, « L'utilisation particulière de la méthode d'interprétation des traités selon leur "effet utile" par la Cour de Justice des Communautés Européennes », *RTD eur.*, 1976, pp. 624-634, spéc. p. 628 : « sur le plan décisionnel, le système majoritaire existe bien dans les Communautés, alors que dans les organisations de simple coopération l'unanimité des représentants est requise ». Ceci incite à tenir compte des différents degrés d'intégration selon les matières en droit de l'Union européenne, et renforce l'idée selon laquelle les traités ont conféré à l'Union le rôle d'assurer une coopération entre les États membres en ce qui concerne les relations familiales transfrontières.

⁹⁴⁷ Voir aussi en ce sens, Marc FALLON, Stéphanie FRANCO, « La coopération judiciaire civile et le droit international privé. Vers un droit proprement communautaire des conflits de lois ou de juridictions », in *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Olivier de

droits nationaux différents »⁹⁴⁸, tandis que l'harmonisation correspond au cas où « les règles tendent seulement à se rapprocher autour de principes communs, mais peuvent rester différentes »⁹⁴⁹, et est ainsi « indispensable si l'on veut maintenir un certain pluralisme juridique »⁹⁵⁰ que le droit de l'Union européenne doit protéger⁹⁵¹.

178. Choix contestable de l'uniformisation. – C'est pourtant l'uniformisation du droit international privé de la famille qui a emporté les faveurs des institutions européennes. Il est certain que la construction de l'Union repose fortement sur un certain dynamisme interprétatif des institutions⁹⁵², notamment de la Cour de justice, et que l'interprétation téléologique est privilégiée⁹⁵³. L'article 81 TFUE s'insérant dans le titre V, relatif à l'espace de liberté, de

Schutter, Paul Nihoul (dir.), Bruxelles, Larcin, 2004, pp. 239-304, spéc. p. 265 : « L'uniformisation élimine tous types de disparités entre les législations nationales, d'un point de vue matériel autant que formel : un texte commun se substitue aux règles nationales préexistantes. Dans l'ordre juridique communautaire, l'uniformisation est typiquement réalisée par la voie du règlement. De son côté, l'harmonisation se contente d'une équivalence des solutions de fond, dont la source reste formellement nationale. Dans l'ordre juridique communautaire, l'harmonisation des législations s'opère par la voie de la directive. On le sait, l'harmonisation peut connaître des degrés divers. On conçoit que les législations nationales harmonisées résultant d'une harmonisation dite "minimale" conservent des divergences matérielles et non purement formelles » ; Alfred RIEG, *op. cit.*, p. 473 : « Nous estimons préférable, non seulement du point de vue linguistique mais aussi juridique, de séparer les deux concepts. Certes, ils s'inscrivent dans un même contexte de rapprochement des droits, mais n'ont pas la même portée : l'unification tend à la création d'un droit uniforme entre plusieurs pays, l'harmonisation à l'adoption de principes ou de solutions similaires auxquels les États peuvent parvenir par des techniques diversifiées » ; Eugénie FABRIES-LECEA, *Le règlement « insolvabilité » : Apport à la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 612 p., spéc. n° 13, p. 36.

⁹⁴⁸ Mireille DELMAS-MARTY, « Le phénomène de l'harmonisation. L'expérience européenne », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Christophe Jamin, Denis Mazeaud (dir.), Economica, 2001, pp. 23-35, spéc. p. 28. L'auteure distingue en outre l'uniformisation de l'unification, de laquelle relèvent des « règles identiques appartenant à un droit commun unique ». Sur la différence entre les notions d'harmonisation, d'uniformisation et d'unification et insistant, pour distinguer les deux dernières, sur la forme d'intégration de ces règles dans le droit des États membres, voir Innocent Fetze KAMDEM, « Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *RJT*, 2009, vol. 43, pp. 605-649.

⁹⁴⁹ Mireille DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 29.

⁹⁵⁰ *Op. cit.*, p. 33.

⁹⁵¹ *Op. cit.* ; Hugh COLLINS, « European private law and the cultural identity of States », *European Review of Private Law*, 1995, n° 3, pp. 353-365, spéc. p. 353 : « The signatories to the Treaty on European Union expressed in its Preamble the desire to "deepen the solidarity between their peoples while respecting their history, their culture, and their traditions". But plainly there is a tension here between on the one hand, the preservation of the diverse cultural heritages of Member States, and, on the other hand, the idea of creating "an ever closer union among the peoples of Europe" » (« Les signataires du traité sur l'Union européenne ont exprimé dans son préambule leur désir d'"approfondir la solidarité entre leurs peuples dans le respect de leur histoire, de leur culture et de leurs traditions". Mais une tension se fait ici clairement sentir entre, d'un côté, la préservation des héritages culturels divers des États membres et, d'un autre côté, l'idée de créer "une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe" » (traduction libre)) ; Solange VIGAND, *op. cit.*, spéc. p. 109 et p. 435 ; Johan MEEUSEN, « Instrumentalisation of private international law in the European Union : towards a European conflicts revolution », *European Journal of Migration and Law*, 2007, n° 3, pp. 287-305, spéc. p. 304. Sur ce point, voir *infra*, n°s 447-479.

⁹⁵² Voir sur ce point Johan MEEUSEN, *op. cit.*

⁹⁵³ Voir notamment Mathias AUDIT, « L'interprétation autonome en droit international privé communautaire », *JDI*, 2004, n° 3, pp. 789-816 ; Benjamin RÉMY, « Techniques interprétatives et systèmes de droit », *RGDIP*, 2011, n° 2, pp. 329-347. Pour une justification de cette méthode, voir Pierre-Henri TEITGEN, « La décision dans la Communauté économique européenne », *RCADI*, vol. 134, 1971, pp. 589-709, spéc. p. 600, cité par Robert Ormand, *op. cit.*, p. 628 : la Communauté économique européenne « à tout le moins [...] serait une institution fédérale en devenir et c'est dès lors dans le sens du fédéralisme potentiel qui l'anime qu'il faudrait interpréter sa charte constitutive ».

sécurité et de justice, il convient de l'interpréter à l'aune de la construction de cet espace et de la liberté de circulation des personnes dont ce dernier doit constituer le cadre⁹⁵⁴. Mais avant toute analyse de l'interprétation du texte, il convient de rappeler qu'un texte ne peut en principe être interprété que s'il n'est pas clair et si son sens a besoin d'être éclairé. Il n'est pas certain à cet égard que la lettre de l'article 81 TFUE ne se suffise pas à elle-même⁹⁵⁵.

Par ailleurs, la lecture de cet article par les institutions européennes dépasse la simple interprétation téléologique, même extensive. La lettre du texte n'est pas interprétée au regard de son esprit et du but assigné par les traités, elle est déformée pour épouser une démarche qui se veut favorable à la liberté de circulation. Une telle dénaturation de la lettre du texte est d'autant plus problématique qu'elle porte sur une question relative à la délimitation des compétences respectives de l'Union et des États membres, régie par le principe d'attribution des compétences⁹⁵⁶. Si le législateur européen reste silencieux à cet égard et semble considérer comme une évidence la possibilité de procéder à une uniformisation du droit sur le fondement de l'article 65 du traité CE puis de l'article 81 TFUE, la doctrine souligne⁹⁵⁷ qu'une telle interprétation peut s'expliquer par une politique législative favorable à la liberté de circulation. Il faut néanmoins constater, avec Johan Meeusen que, « *[a]lthough such voluntarist approach is certainly attractive from a policy point of view – the cross-border movement which concerns the core of the European integration process necessitates the elaboration of European private international law rules – its legality is open to doubt, in view of the very strict wording of article 65* »⁹⁵⁸. Une politique législative, quelque louable qu'elle puisse être, ne saurait légitimer une telle interprétation *contra legem*.

Certains auteurs associent une telle interprétation des traités au principe de l'effet utile. Karl Kreuzer a ainsi considéré, dans le cadre d'une analyse de la formule « favoriser la compatibilité » inscrite à l'article 65 du traité CE (Amsterdam), que « [d]ans un souci d'effet utile, on ne peut comprendre cette formulation imprécise que dans le sens d'unification »⁹⁵⁹. Et

⁹⁵⁴ Article 3 § 2 TUE.

⁹⁵⁵ Sur ce point, voir *supra*, n° 177. En ce sens, voir Vincent HEUZÉ, *op. cit.*, spéc. nos 3-4 p. 21. *Contra*, qualifiant la formule « favoriser la compatibilité » de l'article 65 TCE d'« imprécise », Karl KREUZER, « La communautarisation du droit international privé. Les acquis et les perspectives », in *Unifier le droit : le rêve impossible*, *op. cit.*, p. 134.

⁹⁵⁶ Article 5 § 2 TUE : « En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ».

⁹⁵⁷ Voir notamment Johan MEEUSEN, *op. cit.* ; Horatia MUIR WATT, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », in *L'américanisation du droit. Arch. phil. droit*, t. 45, Sirey, Dalloz, 2001, pp. 271-284, spéc. p. 272.

⁹⁵⁸ Johan MEEUSEN, *op. cit.*, p. 290. Comp., remettant en cause la « nécessité » d'adopter des règles de conflit de lois en droit de l'Union européenne, Vincent HEUZÉ, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois », *op. cit.* : l'auteur envisage l'adoption de règles désignant le système de droit international privé ayant les titres les plus significatifs à s'appliquer.

⁹⁵⁹ Karl KREUZER, *op. cit.*, *loc. cit.*

l'auteur de justifier : « [l]es exemples, plutôt néfastes, de règles de rattachement contenues dans les directives prouvent qu'une "compatibilisation" est inapte à apporter la solution au problème de coordination des ordres juridiques nationaux »⁹⁶⁰. Ce principe n'est pourtant pas plus de nature à justifier le choix de l'uniformisation que la considération de l'objectif de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

179. Principe de l'effet utile (1) : droit international général. – Issu de l'adage « *Ut res magis valeat quam pereat* »⁹⁶¹, son application dans l'interprétation des traités est classique en droit international. S'il n'en existe pas de définition unanime parmi la doctrine internationaliste, divisée sur sa portée⁹⁶², celui-ci ne semble pouvoir revêtir que deux significations. « Dans son acception étroite, il signifie qu'il faut éviter une interprétation qui conduirait à un résultat absurde ou qui rendrait une disposition nulle ou sans effet. Dans son acception la plus large, il est assimilé à l'interprétation extensive »⁹⁶³ et s'envisage alors comme « un corollaire du principe de la bonne foi »⁹⁶⁴ dans lequel le « respect de l'intention des parties [est primordial] »⁹⁶⁵. Deux remarques sont ici permises. Premièrement, l'inefficacité inhérente d'une mesure, résultant de son inadéquation au but ou au résultat recherché ne saurait être confondue avec l'inefficacité résultant d'une interprétation erronée ou trop étroite de la disposition ou de la stipulation en cause conduisant à sa mauvaise application. Seule cette seconde forme d'inefficacité peut être résorbée par une interprétation selon le principe de l'effet utile, qui n'a pas pour fonction de sauver une disposition d'un manque de réflexion lors du processus législatif, ou d'un manque de volonté politique. Secondement, il ressort de ces conceptions que le principe de l'effet utile n'est pas à proprement parler une « méthode » autonome d'interprétation de dispositions conventionnelles, mais un principe régissant de manière générale l'interprétation et que l'interprète doit respecter quelle que soit la méthode d'interprétation retenue⁹⁶⁶. Dans tous les cas, la mise en œuvre du principe de l'effet utile

⁹⁶⁰ *Ibid.*

⁹⁶¹ Sur ce principe, voir notamment Dimitri BELLOS, *L'interprétation du droit international conventionnel et le principe de l'effet utile des traités*, th. dactyl., Université de Paris, 1953, 183 p., spéc. p. 1 (l'auteur attribue l'importance prise par le principe de l'effet utile à l'ouvrage de Hersch Lauterpacht, *The development of international law by the permanent court of international justice*, Genève, coll. Publications of the graduate institute of international studies, Institut universitaire de hautes études internationales, 1934, ix-110 p.) ; Mustafa Kamil YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *RCADI*, vol. 151, 1976, pp. 1-114, spéc. p. 71.

⁹⁶² Dimitri BELLOS, *op. cit.*

⁹⁶³ *Op. cit.*, pp. 1-2.

⁹⁶⁴ *Op. cit.*, p. 127. En effet, comme le rappelle Dominique Carreau, « [l]e but de toute interprétation d'une règle conventionnelle – traité de l'ordre international ou contrat de l'ordre interne – est de rechercher et déterminer "la commune intention des parties" » : Dominique CARREAU, V^o « Traité international », *Répertoire de droit international*, Dalloz, septembre 2010, point 116.

⁹⁶⁵ Dimitri BELLOS, *op. cit.*, p. 128.

⁹⁶⁶ Dans le même sens, soulignant le lien entre l'interprétation téléologique et la prise en considération du but dans la mise en œuvre du principe de l'effet utile, Dimitri BELLOS, *op. cit.*, p. 109 : « c'est précisément la confrontation entre le but que se proposaient les parties et le but que permettraient d'atteindre les dispositions douées d'une

suppose un doute quant au sens du texte en cause et ne saurait avoir pour résultat de contrevenir à la lettre et à l'esprit du texte interprété. Comme l'a affirmé la Cour permanente de justice internationale, « [d]ans le doute, les clauses d'un compromis par lequel la Cour est saisie d'un différend doivent, *si cela n'est pas faire violence à leurs termes*, être interprétées d'une manière permettant à ces clauses de déployer leurs effets utiles »⁹⁶⁷, et la Cour internationale de justice de renchérir, le « principe d'interprétation exprimé par la maxime *ut res magis valeat quam pereat*, principe souvent désigné sous le nom de principe de l'effet utile *ne saurait autoriser la Cour à étendre la clause de règlements des différends insérée dans les Traités de paix, dans un sens qui [...] contredirait sa lettre et son esprit* »⁹⁶⁸.

180. Principe de l'effet utile (2) : droit de l'Union européenne. – La Cour de justice des Communautés européennes puis de l'Union européenne a fait de ce principe un principe cardinal du droit de l'Union européenne, en l'absence de tout texte⁹⁶⁹. Aujourd'hui « garant de l'intégrité de l'ordre juridique de l'Union européenne »⁹⁷⁰, il trouve son fondement dans le principe de coopération loyale consacré à l'article 4 § 3 TUE⁹⁷¹. Ce dernier principe lui-même, s'il ne s'y résume pas, est innervé par le principe de bonne foi⁹⁷² et incite les États membres à respecter et faciliter la mise en œuvre des engagements qu'ils ont contractés en vertu des traités. La mise en œuvre du principe de l'effet utile doit donc avoir pour limite celle des engagements contractés par les États. Pourtant, la démarche interprétative de la Cour de justice, comme celle des institutions prenant part à la procédure législative, sur ce fondement a connu une véritable

certaine signification, qui permettra [à l'interprète] de choisir. Sinon la règle de l'effet utile serait contraire au principe de la bonne foi et n'en serait plus le corollaire ». *Contra*, évoquant la « méthode d'interprétation des traités selon leur effet utile », Robert ORMAND, *op. cit.*

⁹⁶⁷ Ordonnance CPJI, 19 août 1929, *Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, *Rec. CPJI, Série A*, n° 22. C'est nous qui soulignons. Cité par Robert Ormand, *op. cit.*, p. 624.

⁹⁶⁸ Avis consultatif CIJ, 18 juillet 1950, *Traités conclus avec la Bulgarie, la Roumanie et la Hongrie*, *Rec. CIJ*, 1950, p. 229.

⁹⁶⁹ Voir José Luis DA CRUZ VILAÇA, « Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour », in *La Cour de justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, Allan Rosas, Egils Levits, Yves Bot (dir.), La Haye, Asser Press, Springer, 2013, pp. 279-306, spéc. p. 280 : « Il y a une sorte de lien indissoluble entre la Cour de justice et le principe de l'effet utile : aussi bien le principe en soi que ses parties composantes sont essentiellement d'origine jurisprudentielle, la Cour étant responsable de leur formulation et de leur développement, indépendamment de l'existence d'un appui textuel spécifique. En effet, on ne trouve nulle part, dans le traité, une quelconque référence à un principe de l'effet utile. On peut même dire que ce qui rend le recours à l'effet utile indispensable comme principe directeur dans l'interprétation et l'application du droit de l'Union est exactement l'absence d'une solution expresse dans le texte du traité ».

⁹⁷⁰ *Ibid.*

⁹⁷¹ Voir *ibid.* ; Fiches techniques sur l'Union européenne, « Sources et portée du droit de l'Union européenne », Parlement européen, 2016, [en ligne], consultées le 13 juillet 2016. URL : http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/fr/FTU_1.2.1.pdf

⁹⁷² En ce sens, voir Claude BLUMANN, Louis DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2019, xv-1039 p., spéc. n° 151, p. 127 : « Une vision réductrice rattache ce principe au droit international et y décèle une grande parenté avec le principe de bonne foi dans l'exécution des traités, au demeurant consacré par l'article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. *Les affinités entre les deux principes sont certaines*, et il paraît indéniable que sur ce point les traités européens s'inspirent en partie du droit international ». C'est nous qui soulignons.

« escalade »⁹⁷³ qui se concrétise par une modification des conditions d'interprétation et une inversion du raisonnement interprétatif. Un auteur constate en effet que pour les juges de Luxembourg, le « facteur doute [...] n'apparaît plus comme un élément [...] *sine qua non* »⁹⁷⁴ de la mise en œuvre des méthodes d'interprétation. Par ailleurs, la prise en compte du but des traités a été altérée puisqu'il ne s'agit plus pour la Cour d'éclairer le sens d'un texte et lui faire produire un effet utile à la lumière des buts du traité, mais plutôt de déduire du « système des traités »⁹⁷⁵ les normes « qui s'[en] dégagent »⁹⁷⁶. « La Cour ne confronte pas la disposition litigieuse aux objectifs eux-mêmes des Traités mais à "l'esprit du droit" qui découle de leur "Système Général" »⁹⁷⁷. Finalement, « la référence aux objectifs des Traités n'est plus l'élément déterminant. Dans certains arrêts même la Cour ne fera guère allusion aux objectifs proprement dits des Traités. La Cour, simplement, *considérant le système du Traité* sous une vision fédéraliste *en déduit les règles qui s'imposent et confronte alors la norme à ces dernières* »⁹⁷⁸.

181. C'est cette approche que semblent avoir adoptée les différentes institutions de l'Union en droit international privé de la famille. Elle nous paraît contestable compte tenu des modifications apportées⁹⁷⁹ au libellé de l'article 65 TCE qui ne paraissent pas permettre une interprétation qui, même extensive, autoriserait l'uniformisation des règles de conflit⁹⁸⁰. La première se résume à l'attribution d'une compétence à l'Union pour « assurer », et plus seulement « favoriser », la compatibilité des règles de conflit ; il est permis de remarquer, avec Vincent Heuzé que, si « [l]a formule est incontestablement plus exigeante, [...] elle ne correspond toujours pas à un pouvoir d'uniformisation »⁹⁸¹. La seconde se traduit par l'ajout de l'adverbe « notamment »⁹⁸² avant la mention des nécessités du bon fonctionnement marché

⁹⁷³ Robert ORMAND, *op. cit.*, p. 629.

⁹⁷⁴ *Op. cit.*, p. 625.

⁹⁷⁵ Sur cette notion, voir Pierre-Henri TEITGEN, *op. cit.*, p. 594.

⁹⁷⁶ *Ibid.* Sur ce point, voir CJCE, 31 mars 1971, *AETR*, aff. C-22/70, *Rec.*, 1971, p. 263, spéc. point 15, p. 274 : « en vue de fixer, dans un cas déterminé, la compétence, pour la Communauté, de conclure des accords internationaux, il convient de *prendre en considération le système du traité, autant que ses dispositions matérielles* » (c'est nous qui soulignons). Voir les commentaires de l'arrêt : D., 1972, p. 456, note J. RIDEAU ; *RTD eur.*, 1971, p. 796, chron. L.-J. CONSTANTINESCO ; *CDE*, 1971, p. 479, note J.-V. LOUIS ; CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, aff. C-78/70, *Rec.*, 1971, p. 487, spéc. point 5, p. 499 : la Cour considère que l'article 5 § 2 TCEE « énonce une obligation générale des États membres, dont le contenu concret dépend, dans chaque cas particulier, des dispositions du traité *ou des règles qui se dégagent de son système général* » (c'est nous qui soulignons).

⁹⁷⁷ Robert ORMAND, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁹⁷⁸ *Op. cit.*, pp. 629-630. C'est nous qui soulignons.

⁹⁷⁹ Hormis les deux modifications présentées, il faut aussi noter l'adaptation sémantique nécessaire pour tenir compte du passage des Communautés européennes à l'Union européenne. L'Union a succédé à la Communauté dans la désignation de l'organisation européenne dont les règlements mettent en œuvre les objectifs (à cet égard, le règlement « Bruxelles II » constitue un cas à part : les traces de la communautarisation de la Convention de Bruxelles II se laissent observer dans le premier considérant qui affirme que le texte communautaire réalise les objectifs que « *[l]es États membres* » se sont fixés).

⁹⁸⁰ Voir en ce sens Vincent HEUZÉ, *op. cit.*, n° 9, p. 23.

⁹⁸¹ *Ibid.*

⁹⁸² Ou de la locution « en particulier » dans le règlement « Rome III ».

intérieur auxquelles n'est dès lors plus subordonnée l'adoption de règlements en matière conflictuelle. À première vue, cette adjonction semble ainsi avoir étendu les cas dans lesquels les institutions européennes peuvent adopter des textes de droit international privé. En tout état de cause, la réécriture de l'article 65 TCE était vraisemblablement destinée à répondre aux critiques qui avaient été formulées quant à la légalité des règlements uniformisant les règles de conflits de lois et de juridictions. C'est pour asseoir sur un fondement juridique à la fois plus solide et plus étendu la compétence de l'Union en matière conflictuelle et valider rétroactivement les règlements adoptés en la matière que le libellé de l'article 81 TFUE a été modifié par rapport à celui de son prédécesseur⁹⁸³. Pourtant, le succès de l'entreprise est à nouveau discutable, le nouvel objectif assigné aux mesures relevant de la coopération judiciaire en matière civile et notamment aux règles de droit international privé ne semblant pas permettre l'adoption de règles de conflit uniformes à vocation universelle⁹⁸⁴. Or, il eût été loisible aux auteurs du traité de Lisbonne, qui en ont eu l'occasion, de clarifier définitivement la portée de la compétence de l'Union en la matière. Qu'elle soit le signe d'un refus des États membres de conférer à l'Union une compétence d'uniformisation des règles conflictuelles ou de leur volonté de sauver les règlements adoptés antérieurement dont l'illégalité n'aurait pas pu être contestée à l'aune d'une rédaction univoque favorable à l'uniformisation, leur abstention ne peut être indifférente. Dans un cas comme dans l'autre, le pouvoir d'uniformiser les règles de conflit fait défaut, et le principe de l'effet utile ne nous paraît pouvoir être invoqué sans contrevenir au principe de bonne foi sur lequel il se fonde.

182. Au vu de l'analyse des précédents jurisprudentiels, la Cour de justice pourrait, si elle devait un jour être saisie de la question, considérer que la Commission n'a pas violé le principe de coopération loyale qui, au fur et à mesure de la construction européenne, a été étendu aux institutions de l'Union⁹⁸⁵. Pourtant, au-delà du fait qu'une telle analyse de la Cour transformerait le principe de coopération loyale en un principe à caractère schizophrénique – en ce qu'une telle mise en œuvre reviendrait à contrevenir directement au principe de bonne foi – et à géométrie variable – puisqu'il jouerait uniquement en faveur de l'Union européenne et s'apprécierait donc de manière beaucoup plus stricte à l'égard des États membres –, cette modalité d'application de l'effet utile en droit international privé de la famille est contraire aux fondements du droit de l'Union européenne en la matière que sont le respect du pluralisme et celui de l'identité des États⁹⁸⁶.

⁹⁸³ En ce sens, voir notamment Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE, « Le Traité de Lisbonne et le droit international privé », *JDI*, 2010, doct. 1, pp. 3-34, spéc. n° 1, p. 8 et n°s 3-5, pp. 8-12 ; Vincent HEUZÉ, *op. cit.*, n° 7, p. 22.

⁹⁸⁴ En ce sens, Vincent HEUZÉ, *op. cit.*, n°s 9-10, p. 23. Sur ce point, voir *infra*, n°s 498-530.

⁹⁸⁵ Claude BLUMANN, Louis DUBOIS, *op. cit.*, *loc. cit.*, et n°s 160-163, pp. 133-135.

⁹⁸⁶ Sur ces fondements, voir *infra*, n°s 447-479.

183. Conclusion du Chapitre. – Alors même qu'elle ne constitue pas une condition juridique imposée à la libre circulation des personnes, la circulation du statut familial a été considéré comme un obstacle qui, de fait, entraverait cette liberté que les institutions européennes se sont donnée pour mission de garantir de manière absolue. À défaut de pouvoir agir directement sur les droits matériels de la famille des États membres, c'est sur la compétence que leur confère les traités en matière conflictuelle que ces dernières se sont appuyé pour construire un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures. Il semble cependant que ni le procédé, ni l'étendue des compétences de l'Union ne permette d'atteindre un tel résultat. C'est donc à une lecture très extensive des compétences qui leur ont été attribuées qu'ont procédé les institutions européennes pour réaliser un objectif dont la force, comme il convient désormais de le montrer, a profondément modifié la construction du droit conflictuel.

CHAPITRE 2

LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES ET LE RELÂCHEMENT DU LIEN ENTRE LES INDIVIDUS ET L'ÉTAT

184. En tant qu'il est dorénavant destiné à assurer la circulation du statut personnel et familial des personnes circulant au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, le droit international privé de la famille de l'Union européenne conserve le souci d'assurer la permanence du statut. L'acception qui en est retenue s'est cependant modifiée au regard de l'objectif de libre circulation des personnes : il ne s'agit plus désormais d'une vision abstraite de la permanence, fondée sur la continuité dans l'espace aussi bien que dans le temps de l'état des personnes, mais d'une permanence concrète, qui doit servir le franchissement des frontières et ultimement, la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

185. Plan. – Dès lors, les moyens de parvenir à l'unité du statut familial s'en trouvent nécessairement modifiés. En particulier, les liens significatifs qui unissent traditionnellement une situation à un État sont considérés comme autant d'entraves potentielles à supprimer. Le relâchement des liens avec l'État se concrétise ainsi à la fois dans le mode d'élaboration du droit international privé de la famille de l'Union européenne (SECTION 1) et par la possibilité désormais de plus en plus accordée à l'individu d'intervenir plus directement dans la constitution de son statut (SECTION 2).

SECTION 1 : LE RELÂCHEMENT DANS LES RÈGLES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE EUROPÉEN

186. Plan. – Si le droit international privé de la famille a été identifié comme un instrument utile à la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne, il a fallu composer avec de profondes divergences entre les droits matériels et conflictuels des États membres, et pour cela, rechercher les plus petits dénominateurs communs, sur lesquels un accord a été possible. Cette méthode a guidé les travaux de l'Union européenne en la matière et conduit à son traitement morcelé qui représente, du point de vue des États membres, « l'abandon d'éléments fondamentaux de l'ordre juridique en tant que système normatif »⁹⁸⁷, et du point de vue de l'Union, un facteur de complexité important (I). Une telle spécialisation est néanmoins apparue, du fait des attaches nationales de la matière, comme une modalité incontournable de l'adoption

⁹⁸⁷ Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *RCADI*, vol. 287, pp. 1-426, spéc. n° 150, p. 206.

par l'Union d'une réglementation conflictuelle uniforme en matière familiale. Si le législateur européen aussi bien que la Cour de justice perçoivent dans ce procédé d'uniformisation un outil de cohérence du droit international privé de la famille de l'Union européenne, c'est notamment pour ce que, aux fins d'atteindre les buts qui lui ont été attribués, il mène à une indifférenciation croissante des liens qui unissent une situation individuelle à un État membre déterminé. Pour autant, la pertinence du recours à un tel dispositif réglementaire pour parvenir, au travers de la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions, à l'objectif de libre circulation des personnes, de même que celle de l'étendue qui lui a été donnée paraissent contestables. Une telle incertitude qui affecte la justification de l'uniformisation s'avère alors difficile à concilier avec les principes de subsidiarité et de proportionnalité qui régissent pourtant l'exercice des compétences de l'Union (II).

I. Un morcellement fonctionnel de la matière

187. Plan. – Dans une Union européenne composée d'États dont les législations divergent singulièrement en matière familiale, le traitement morcelé du droit international privé de la famille s'est initialement imposé comme une véritable méthode au service de l'intégration (A). Mais du fait du risque de complexification et d'écèlement du contentieux, certains mécanismes ont été mis en œuvre afin de limiter ce phénomène (B).

A. Le morcellement comme méthode de construction du droit international privé de la famille de l'Union européenne

188. Spécialisation traditionnelle du droit international privé de la famille. – Le phénomène de morcellement que connaît le droit international privé de la famille de l'Union européenne n'en est pas une caractéristique propre. D'une part, il est « inhérent à la méthode conflictuelle en général »⁹⁸⁸ qui découpe la réalité juridique en catégories et y associe des rattachements censés permettre de faire correspondre localisation de la situation juridique en cause et loi applicable. D'autre part, il est certain que du fait de la soumission de principe du contrat à la loi d'autonomie et de la possibilité souvent prévue au bénéfice des parties de choisir des lois différentes pour chaque obligation du contrat, le dépeçage a revêtu un caractère original

⁹⁸⁸ Delphine COCTEAU-SENN, *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois*, th. dactyl., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2001, 561 p., spéc. n° 2, p. 2 : « Le morcellement de la compétence législative [...] est une conséquence inéluctable du fait que l'on appréhende la réalité juridique internationale par le biais des règles de conflit de lois, distinguant des catégories de questions auxquelles sont associées des rattachements distincts. [...] Contrairement donc à ce que suggère son acception la plus courante, le dépeçage n'est donc pas en principe une situation volontaire, mais une situation subie, il n'est pas non plus un simple phénomène conjoncturel, mais un phénomène structurel ».

dans ce domaine et fait l'objet d'une attention doctrinale plus soutenue⁹⁸⁹. Mais ce dépeçage volontaire ne doit pas faire oublier que le morcellement du droit international privé de la famille n'est pas un phénomène nouveau et s'inscrit dans la ligne de celui que connaît le statut personnel depuis l'arrêt *Rivière*⁹⁹⁰, suivi par des réformes qui dans les années 1970 illustrent une méthode du « coup par coup »⁹⁹¹. D'abord en raison d'une différenciation du rattachement en cas de défaut de nationalité commune des époux, puis par souci d'affiner toujours plus les règles de conflit afin de les faire correspondre aux nouvelles formes familiales ou aux nouvelles conceptions substantielles retenues par le droit interne⁹⁹², la matière ne fait plus l'objet d'un traitement homogène depuis plusieurs décennies.

189. Caractère sectoriel du droit international privé de l'Union européenne. – Cependant la construction des catégories en droit international privé de la famille de l'Union européenne ne répond pas à cette logique de spécialisation, ce qui s'explique à la fois par la structure et par les objectifs du droit de l'Union européenne en la matière. D'une part, ce droit ne connaît pas de grandes catégories synthétiques et abstraites en matière familiale à partir desquelles affiner les règles de conflit. D'autre part « [l]e droit de l'Union n'a [...] besoin de tenir compte du droit de la famille que dans la mesure de l'accomplissement de ses objectifs propres »⁹⁹³. En particulier, il a été souligné que « [l]a 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 »⁹⁹⁴. Ces éléments ont dicté la démarche du législateur européen : les règlements adoptés en droit international privé de la famille sont destinés à répondre à des difficultés immédiates et ponctuelles, pour lesquelles les institutions européennes identifient un besoin en termes de libre circulation des personnes, et portent sur des points qui ont pu faire l'objet d'un compromis entre les États membres, dans un domaine où les divergences nationales sont très importantes. Or, comme le constate Bernard Audit, « l'accord est moins malaisé à atteindre sur un objet étroit »⁹⁹⁵. L'étendue des catégories de

⁹⁸⁹ Voir notamment Delphine COCTEAU-SENN, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Paul LAGARDE, « Le "dépeçage" dans le droit international privé des contrats », *RDIPP*, 1975, pp. 649-677 ; Cécile PELLEGRINI, *Droits applicables au contrat international : étude théorique et pratique du dépeçage*, th. dactyl., Université Jean Moulin Lyon III, 2013, 633 p.

⁹⁹⁰ Sur ce point, voir *supra*, n^{os} 98-103.

⁹⁹¹ Paul LAGARDE, « Sur la non-codification du droit international privé français », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 25, n^o 1, 1998, art. 4, pp. 45-59, spéc. p. 52.

⁹⁹² Delphine COCTEAU-SENN, *op. cit.*, n^o 9, p. 7 ; Jacques FOYER, « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *RCADI*, vol. 193, 1985, pp. 9-117, spéc. n^o 103, p. 57 ; Myriam HUNTER-HÉNIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, PUAM, 2004, 601 p., spéc. p. 307.

⁹⁹³ Lukas RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, th. dactyl. Université Paris II Panthéon-Assas, 2015, 819 p., spéc. n^o 373, p. 297.

⁹⁹⁴ *Op. cit.*, n^o 384, p. 305. C'est l'auteur qui souligne. Sur l'évolution du droit de l'Union européenne concernant la reconnaissance des situations, voir *infra*, n^{os} 276-297.

⁹⁹⁵ Bernard AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois) », *RCADI*, vol. 186, 1984, pp. 219-397, spéc. p. 361. Cette considération est devenue d'autant plus importante que désormais,

rattachement est donc inéluctablement réduite⁹⁹⁶. Le droit international privé de la famille de l'Union européenne répond ainsi à « 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 »⁹⁹⁷. Ce procédé, par isolement d'un « fragment déterminé d'un rapport de droit »⁹⁹⁸ se rapproche du dépeçage *issue by issue* qui se laisse observer dans les conventions internationales⁹⁹⁹. C'est au demeurant de cette manière et par la voie conventionnelle qu'ont été envisagées les premières interventions du droit communautaire en droit international privé de la famille, le procédé mis en œuvre ayant été perpétué au moment de la communautarisation de la matière¹⁰⁰⁰ selon le schéma suivant : identification de problèmes ponctuels, recherche du compromis pour les résoudre.

190. La première manifestation de ce phénomène apparaît avant même que les Communautés européennes d'alors se saisissent pleinement de la matière familiale. Dès 1968, la Convention de Bruxelles adoptée en matière civile et commerciale¹⁰⁰¹ intègre ainsi *ratione materiae* les obligations alimentaires, à l'exclusion de toute autre question familiale — l'état, la capacité, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions faisant l'objet d'une exclusion expresse¹⁰⁰². Les problèmes survenant en matière alimentaire ont été perçus comme étant de nature à ralentir l'intégration économique, justifiant la nécessité d'une action, même intergouvernementale, et la matière a paru suffisamment détachable des questions d'état dont elle découle et des effets du mariage et de la filiation pour pouvoir faire l'objet d'un traitement individuel, justifiant la possibilité d'une action au niveau européen. En particulier, relevant du droit patrimonial de la famille, les obligations alimentaires souffriraient moins des « incidences résultant surtout de l'absence d'une solution d'ensemble au problème des conflits de lois »¹⁰⁰³. C'est cette disparité des législations et les difficultés en résultant qui ont motivé à cette époque l'exclusion du divorce du champ d'application de la Convention, alors même que cette question

l'intervention de l'Union européenne en matière de relations familiales nécessite l'unanimité des États membres (sur ce point, voir *supra*, n^{os} 7, 177).

⁹⁹⁶ En ce sens, voir Delphine COCTEAU-SENN, *op. cit.*, n^o 10, p. 9. Bernard Audit (*op. cit.*, *loc. cit.*) constate, au sujet du droit conventionnel, que cela a pour effet d'« [accroître] le nombre de conventions envisageables ».

⁹⁹⁷ Lukas RASS-MASSON, *op. cit.*, n^o 373, p. 297. Dans le même sens, Myriam HUNTER-HÉNIN, *op. cit.*, spéc. p. 37.

⁹⁹⁸ Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.*, n^o 114, p. 168.

⁹⁹⁹ Delphine COCTEAU-SENN, *op. cit.*, n^o 10, pp. 9-10. En ce sens, voir aussi Bernard AUDIT, *op. cit.*, p. 353 : « Les doctrines américaines contemporaines invitent à une analyse de la question particulière soulevée (*issue*). Les systèmes classiques ne procèdent pas à autre chose lorsqu'ils précisent le "domaine de la loi applicable" à une catégorie générale ».

¹⁰⁰⁰ Sur l'évolution du droit international privé en droit communautaire puis en droit de l'Union, voir *supra*, n^{os} 5 et 7.

¹⁰⁰¹ Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE, n^o L 299/32, 31 décembre 1972.

¹⁰⁰² Article 1 § 2, point 1, de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale précitée.

¹⁰⁰³ Rapport sur la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, élaboré par M. Paul Jenard, JOCE, n^o C 59/1, 5 mars 1979, p. 10.

était déjà considérée comme « [l]e problème le plus important en matière d'état et de capacité »¹⁰⁰⁴. Le constat ayant cependant perduré et l'intégration européenne progressé, il n'est pas étonnant que le premier travail d'harmonisation d'ampleur ait par la suite été initié en matière matrimoniale.

191. En effet, par la suite, la disparité entre les législations internes, loin d'avoir représenté un frein à l'harmonisation des règles en vigueur dans les différents États membres, a constitué un argument en faveur de la poursuite de l'intégration européenne. La multiplication des conflits familiaux internationaux¹⁰⁰⁵ et l'incompréhension des citoyens européens face aux difficultés qui s'ensuivent¹⁰⁰⁶ ont ainsi été mises en avant pour justifier l'adoption de textes en matière de droit international privé de la famille¹⁰⁰⁷. La Convention de Bruxelles II¹⁰⁰⁸, qui établit des règles en matière de compétence, de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière matrimoniale, intervient ainsi dans un domaine dans lequel les différences entre législations subsistent, voire se sont renforcées à la faveur d'un élargissement de l'Union européenne à quinze États au moment de son adoption. Comme le constate Alegria Borrás dans le rapport explicatif de la Convention, entre eux pourtant, « [i]l ne s'agit plus de différences mineures : certaines d'entre elles sont d'ordre constitutionnel »¹⁰⁰⁹. Le rapport identifie également « [u]ne autre source de difficultés [...] certaines actions couvertes par la convention existent dans certains États mais ne sont pas connues dans d'autres (ainsi, les notions de séparation et d'annulation n'existent pas dans les règles matérielles du droit interne suédois ni finlandais). Enfin, même entre États qui connaissent les mêmes types d'actions, les réglementations diffèrent de manière substantielle d'un pays à l'autre (causes, exigences de

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁰⁵ Bruno STURLÈSE, « L'extension du système de la Convention de Bruxelles au droit de la famille », *Trav. com. fr. DIP*, 1995-1998, pp. 49-70, spéc. p. 52. Le constat est repris plus tard par la Commission dans l'exposé des motifs de la proposition de réforme du règlement « Bruxelles II bis » notamment pour justifier l'action de l'Union en matière de conflit de lois : Commission des Communautés européennes, 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, 17 juillet 2006, COM(2006) 399 final, p. 2.

¹⁰⁰⁶ Bruno STURLÈSE, *op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁰⁷ Dans l'une de ses communications, le Conseil s'est montré particulièrement explicite sur ce point, en affirmant que « [l]es effets économiques des décisions prises à l'occasion du relâchement ou de la dissolution du lien matrimonial, du vivant des époux ou à la mort de l'un d'eux, présentent de toute évidence un intérêt majeur pour la réalisation de l'espace judiciaire européen » : Conseil, Projet de programme des mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale, JOCE, n° C 12/1, 15 janvier 2001, p. 3.

¹⁰⁰⁸ Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, JOCE, n° C 221/2, 16 juillet 1998 ; *JCP G*, 1998, III, 20009 ; *RCDIP*, 1998, pp. 776-791.

¹⁰⁰⁹ Rapport explicatif à la convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, élaboré par Mme Alegria Borrás (ci-après, « Rapport Borrás »), JOCE, n° 221/27, 16 juillet 1998, spéc. point 4, p. 29.

séparation préalable, etc.) »¹⁰¹⁰. Pour adopter un texte uniforme, il a dès lors fallu emprunter la voie du compromis¹⁰¹¹.

Ce compromis a notamment conduit à une importante réduction du domaine matériel de la Convention¹⁰¹² par rapport à ce qu'a préconisé le projet de Heidelberg¹⁰¹³ sur lequel se sont fondées les discussions. Tandis que ce dernier entend très largement la « matière familiale et successorale », qui comprend entre autres le mariage et la filiation, et n'exclut que les questions déjà couvertes par des conventions internationales ou à propos desquelles de tels textes sont en cours de négociation, la Convention porte sur le seul lien matrimonial (annulation du mariage, séparation de corps, divorce), et non sur les effets de son existence, de son relâchement ou de sa dissolution, et sur les seules questions de responsabilité parentale liées à une procédure matrimoniale en cours. Si l'adoption du règlement « Bruxelles II *bis* » a consacré une extension du domaine du texte à la responsabilité parentale considérée en dehors du contentieux matrimonial¹⁰¹⁴ et recouvrant les questions relatives à la fois à l'autorité parentale et à la protection de l'enfant et de ses biens, ce domaine reste envisagé sans lien avec la filiation, au sujet de laquelle le compromis demeure aujourd'hui impossible. Par ailleurs, au sein même du contentieux matrimonial, les nombreuses exclusions du règlement « impose[nt] de dépecer minutieusement le contentieux de la désunion »¹⁰¹⁵ ; un temps envisagée, l'inclusion des obligations alimentaires n'a ainsi pas prospéré¹⁰¹⁶.

192. En outre, la poursuite des réalisations européennes en matière de droit international privé de la famille a montré que le compromis, qui façonne les contours et détermine donc le morcellement de la matière, se réalise à partir de considérations qui peuvent être essentiellement pratiques et contingentes. Ainsi en a-t-il été de la matière matrimoniale lorsqu'en a été projetée une réglementation du conflit de lois. À cet égard, la Commission a souligné, dans sa

¹⁰¹⁰ *Ibid.*

¹⁰¹¹ *Ibid.*

¹⁰¹² Sur ce constat, voir Bruno STURLÈSE, *op. cit.*, p. 56. Voir aussi Estelle GALLANT, V^o « Règlement Bruxelles II *bis* : compétence, reconnaissance et exécution en matières matrimoniale et de responsabilité parentale », *Répertoire de droit international*, Dalloz, janvier 2013, n^o 41.

¹⁰¹³ Groupe européen de droit international privé, Proposition pour une convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière familiale et successorale, Réunion de Heidelberg, 30 septembre-2 octobre 1993. Bruno Sturlèse souligne que « [c]ette perspective ambitieuse d'unification horizontale présente d'incomparables mérites sur un plan strictement scientifique. Elle permet notamment de garantir une plus grande cohérence en soumettant l'ensemble d'une matière à des principes directeurs, en limitant l'importance des qualifications juridiques ainsi que le nombre d'instruments ayant vocation à régir une même espèce. On sait cependant que cette méthode est rarement mise en œuvre, pour des raisons diverses » : Bruno STURLÈSE, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰¹⁴ L'article 1 § 1, *littera* b du règlement ne lie plus la responsabilité parentale au contentieux matrimonial, comme cela était encore le cas dans l'article 1 § 1, *littera* b du règlement « Bruxelles II » aux termes duquel « [l]e présent règlement s'applique [...] aux procédures civiles relatives à la responsabilité parentale à l'égard des enfants communs des époux à l'occasion de l'action matrimoniale visée au point a) ». C'est nous qui soulignons.

¹⁰¹⁵ Alain DEVERS, « La pratique judiciaire française du DIP de la famille », *Droit et patrimoine*, n^o 138, juin 2005, pp. 88-93, spéc. p. 89.

¹⁰¹⁶ Estelle GALLANT, *op. cit.*, n^o 42.

proposition de réforme du règlement « Bruxelles II *bis* », qu'il ressortait des consultations menées auprès de « parties intéressées » que celles-ci « n'étaient pas favorables à l'extension [des règles de conflit de lois prévues en matière de divorce et de séparation de corps] à l'annulation du mariage, laquelle est étroitement liée à la validité du mariage et généralement soumise à la loi de l'État dans lequel le mariage a été célébré ("*lex loci celebrationis*") ou à celle de l'État dont les conjoints ont la nationalité ("*lex patriae*") »¹⁰¹⁷. C'est sans argumenter outre mesure que la Commission a renoncé à proposer l'adoption d'une règle de conflit uniforme en matière d'annulation du mariage. Au-delà du fait que l'on puisse dire que l'annulation du mariage n'est pas seulement « étroitement liée » à la validité du mariage mais en constitue l'indissociable réciproque, la proposition semble indiquer que la justification principale de cette limitation *ratione materiae* est une inadéquation à cette question des règles de conflit de lois prévues en matière de divorce et de séparation de corps et en particulier de l'*optio juris*, règle de conflit principale.

Un tel raisonnement n'étonne que si la définition des catégories de rattachement n'est envisagée que de façon synthétique. D'un tel point de vue en effet, l'argument laisse penser que la Commission a envisagé conditions du mariage et divorce comme pouvant relever d'une même catégorie, qu'il conviendrait de scinder par souci de spécialisation, le critère défini correspondant selon elle au divorce et à la séparation de corps, mais pas à l'annulation du mariage. Cependant, étant donné que pour remédier à cette distorsion, il aurait suffi d'exclure l'*optio juris* en matière d'annulation du mariage, ou de prévoir une règle de conflit spécifique, l'argument est difficilement intelligible selon une telle conception, d'autant plus que traditionnellement, dans le droit international privé commun de plusieurs États membres, conditions du mariage et divorce ne relèvent pas de la même catégorie. En droit français, cela était déjà le cas avant même l'introduction dans le Code civil, en 1975, d'une règle de conflit de lois spéciale en matière de divorce. En outre, les conditions du mariage elles-mêmes peuvent être scindées en deux catégories distinctes, conditions de fond et conditions de forme¹⁰¹⁸.

Ainsi, il est peu probable que la Commission ait procédé de façon aussi abstraite, en évaluant les liens entre les deux catégories ; il semble que le règlement « Rome III » réponde à nouveau à la démarche du « coup par coup » suivie par les institutions européennes en la matière. Dans la mesure où la proposition d'uniformisation des règles de conflit de lois est née d'une proposition de modification du règlement « Bruxelles II *bis* », l'ensemble du domaine matériel de ce dernier texte a fait l'objet d'un examen dans la perspective d'adopter des règles

¹⁰¹⁷ Commission des Communautés européennes, 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, précitée, pp. 9-10.

¹⁰¹⁸ Articles 202-1 et 202-2 du Code civil.

de conflit de lois y correspondant. En définitive, les autorités européennes ont visiblement préféré assurer la mise en œuvre de règles de conflit qui, de toute évidence, ont fait l'objet d'après négociations plutôt que de poursuivre la recherche d'un accord dans une matière – la validité du mariage – qui cristallise les crispations nationales. Le compromis procède donc d'une vision utilitariste, son succès dépendant, aux yeux des institutions européennes, de l'adoption effective de règles de conflit harmonisées toujours plus nombreuses, et non de la réalisation cohérente du règlement des conflits de juridictions et de lois en matière familiale.

193. Par ailleurs, il semble que le morcellement puisse être accentué par deux phénomènes. Le premier se traduit par un morcellement qui se poursuit à l'intérieur d'un même texte. À propos de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, Delphine Cocteau-Senn remarque déjà que la compétence de principe de la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments¹⁰¹⁹ peut être écartée, entre collatéraux et alliés, si le débiteur oppose l'absence d'obligation sur le fondement de leur loi nationale commune ou, à défaut, sur celui de la loi de la résidence habituelle du débiteur¹⁰²⁰. « Le même texte implique donc de distinguer selon la qualité des relations de famille en cause. On se rapproche ainsi très fortement, nous dit l'auteure, des conséquences de la technique américaine conduisant à isoler chaque question de droit particulière (méthode *issue-by-issue*) »¹⁰²¹. Cette tendance s'accroît dans le protocole de La Haye, intégré au droit de l'Union européenne par renvoi du règlement « Aliments » : les articles 4 et 5 du Protocole, prévoient respectivement « en faveur de certains créanciers » et à l'égard des époux et ex-époux, des aménagements ou dérogations à la règle générale de l'article 3. Si l'application d'une loi différente aux obligations alimentaires naissant de relations de filiation de celle qui s'applique aux obligations qui naissent de relations matrimoniales peut sembler justifiée étant donné qu'elles ne prennent pas leur source dans le même type de lien familial, c'est l'hyperspécialisation de la question qui interroge. Ainsi, du fait de l'internationalisation puis de l'eupéanisation des solutions, les obligations alimentaires ont non seulement été dissociées de la catégorie des effets de l'institution dont elles découlent (mariage ou filiation), mais elles ne constituent pas non plus en elles-mêmes une catégorie unitaire.

Le second phénomène a des répercussions à la fois matérielle et géographique : les questions dont s'est emparée l'Union européenne font l'objet d'un compromis si étroit que toute tentative d'approfondissement de l'intégration sur ces points fait l'objet de résistances

¹⁰¹⁹ Article 4 § 1 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 1056, n° 15944, p. 199).

¹⁰²⁰ Article 7 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (*ibid.*).

¹⁰²¹ Delphine COCTEAU-SENN, *op. cit.*, *loc. cit.*

importantes qui se traduisent d'une part par une nouvelle réduction du domaine des nouveaux textes, d'autre part par un morcellement géographique¹⁰²². Le règlement « Rome III » est à ce titre caractéristique puisqu'il mêle ces deux aspects. À l'origine de ce texte se trouve une volonté de réformer le règlement « Bruxelles II *bis* » en adoptant un texte complet, *i.e.*, qui regroupe des règles en matière de conflit de juridictions et de conflit de lois. Cependant, l'hostilité de nombreux États n'a pas permis de réunir l'unanimité des voix des États membres au Conseil, qui a finalement autorisé la mise en œuvre d'une coopération renforcée¹⁰²³, uniquement en matière de conflit de lois, et en excluant la question de l'annulation du mariage du champ d'application du règlement. Le compromis qui avait été trouvé sur cette question dans le cadre du conflit de juridictions n'a donc pas permis de poursuivre l'uniformisation des règles de conflit sur le terrain de la loi applicable, même entre un nombre réduit d'États membres. Le règlement « Rome III » révèle donc que l'accord qui a permis l'adoption de la Convention de Bruxelles II puis des règlements « Bruxelles II », « Bruxelles II *bis* » et « Bruxelles II *ter* » ne porte pas sur le fond des notions utilisées, fondamentales en droit de la famille, comme le mariage et le divorce. Il ne pouvait en être autrement, dès lors que le Conseil, dans son programme de La Haye¹⁰²⁴, avait expressément prévu que les instruments en cours de négociation en matière familiale « devraient couvrir des questions de droit international privé, sans se fonder sur une harmonisation de concepts tels que "la famille", "le mariage", ou autres »¹⁰²⁵.

Par ailleurs, sur le plan géographique, il est possible de percevoir le règlement « Rome III » comme un moyen de réduire les disparités au niveau de l'Union européenne du fait de l'uniformisation, même partielle, des règles de conflit de lois de certains États membres. Pourtant, une telle uniformisation paraît largement inaboutie. Même entre États membres participants, la notion de mariage, et donc celle de divorce, n'a pas fait l'objet d'un accord ; ainsi, au sein même de ce cercle restreint, l'uniformisation n'est que superficielle voire qu'apparente. En outre, le règlement, en restreignant le champ d'application spatial des nouvelles règles de conflit porte en lui l'admission de la disparité des règles de conflit entre États membres, ce qui affaiblit la nécessité avancée d'une intervention pour uniformiser les règles de conflit de lois¹⁰²⁶.

¹⁰²² Pour de plus amples développements relatifs au morcellement *géographique* du droit international privé de la famille de l'Union européenne, voir *infra*, n^{os} 362-385.

¹⁰²³ Conseil, Décision 2010/405/UE du 12 juillet 2010 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, JOUE, n^o L 189/12, 22 juillet 2010.

¹⁰²⁴ Conseil, Programme de La Haye : Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, 2005/C 53/01, JOUE, n^o C 53/1, 3 mars 2005.

¹⁰²⁵ Conseil, Programme de La Haye, précité, p. 13.

¹⁰²⁶ Sur ce point, voir *infra*, n^{os} 365-368.

194. Le défaut de limites rationnelles au morcellement. – Le droit international privé de la famille de l'Union européenne, du fait de la structure du droit de l'Union européenne et de ses objectifs, ne se construit donc pas de manière systémique, selon « une méthode où l'essentiel est la détermination logique et déductive de la hiérarchie et les rapports des concepts ou catégories juridiques »¹⁰²⁷. Or, traditionnellement, cette logique systémique définit également les limites dans lesquelles le morcellement peut être admis. Il a ainsi été souligné que « pour un système conflictualiste classique, le dépeçage d'une situation donnée doit être limité sous peine de porter atteinte à la cohérence des institutions. Cette préoccupation est notamment liée à une tendance constante du juriste civiliste à regrouper des ensembles distincts dans des catégories supérieures dont on s'efforce ensuite de dégager un régime commun. On l'exprime en parlant de "respect des ensembles législatifs". [...] Il existe en particulier un lien rationnel entre les exigences posées quant à l'existence d'une institution et ses effets »¹⁰²⁸. Dès lors, en droit de l'Union, en l'absence de réflexion préalable sur les institutions elles-mêmes, le risque est de multiplier, s'agissant du conflit de juridictions, les juridictions compétentes pour résoudre des questions liées à une même situation juridique d'ensemble, et sur le plan des conflits de lois, les problèmes de qualification et d'articulation des lois applicables¹⁰²⁹ à une même situation.

195. Transition. – Certains auteurs dénoncent ainsi la complexité¹⁰³⁰ et l'incohérence¹⁰³¹ de ce type d'édifice. Si des mécanismes ont été adoptés, aussi bien en matière de compétence juridictionnelle qu'en matière de conflit de lois, pour réduire ces inconvénients, ils sont loin de conférer une lisibilité à la matière.

B. Les mécanismes de réduction du phénomène de morcellement

196. Plan. – En matière de compétence juridictionnelle, les règlements font la part belle aux mécanismes de prorogation automatique ou volontaire de compétence, afin de favoriser le regroupement du contentieux au sein d'un même État membre (1). En matière de conflit de lois, en l'absence de réflexion sur les catégories, une telle concentration peut avoir un caractère

¹⁰²⁷ Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.*, n° 17, p. 39.

¹⁰²⁸ Myriam HUNTER-HÉNIN, *op. cit.*, p. 354.

¹⁰²⁹ Jacques FOYER, « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *op. cit.*, n° 119, p. 62 ; Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.*, n° 152, p. 208.

¹⁰³⁰ Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE, « L'improbable européanisation du droit international privé de la famille », *JCP G*, n° 5, 2014, pp. 178-180, spéc. p. 179 : « La complexité de certains textes, les incertitudes terminologiques [...], l'articulation mal définie des instruments entre eux viennent démentir la communication officielle sur le thème "simplifier ou faciliter la vie des citoyens" ».

¹⁰³¹ Mireille DELMAS-MARTY, « Le phénomène de l'harmonisation. L'expérience européenne », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Christophe Jamin, Denis Mazeaud (dir.), Economica, 2001, pp. 23-35, spéc. p. 24 ; Myriam HUNTER-HÉNIN, *op. cit.*, p. 36.

fortuit et a constitué un argument important en faveur de l'adoption de règles de conflit subjectives (2).

1. En matière de compétence juridictionnelle

197. Pour tenter de limiter ces risques de dispersion du contentieux, les textes adoptés en matière familiale tentent de coordonner leur application, en concentrant les compétences relatives à différentes questions liées auprès d'une même juridiction.

198. Mécanismes de concentration des compétences en matière de désunion et de responsabilité parentale. – Cette préoccupation a d'ailleurs déterminé les contours du domaine matériel de la Convention de Bruxelles II : l'inclusion dans le champ de la convention des questions relatives à la responsabilité parentale accessoires au divorce a en particulier reposé sur le fait que « [l]e juge du divorce est [...] généralement compétent pour traiter globalement [les questions relatives à l'autorité parentale accessoires au divorce] en réglant simultanément la situation personnelle et patrimoniale des époux ainsi que leurs relations avec leurs enfants »¹⁰³². Le même souci de concentration des compétences apparaît au moment de l'adoption du règlement « Bruxelles II bis » dont le considérant 11 constate que « [l]es juridictions compétentes en vertu du présent règlement seront généralement compétentes pour statuer en matière d'obligations alimentaires par application de l'article 5 § 2 du règlement "Bruxelles I" » alors applicable dans ce domaine ; il s'agit cependant à cette époque d'une simple observation qui, s'agissant de deux questions régies par des textes différents, ne se traduit pas par un mécanisme dédié.

Par ailleurs, s'agissant de questions relevant *ratione materiae* du même texte, l'article 12 § 1 du règlement « Bruxelles II bis » prévoit une prorogation de compétence en matière de responsabilité parentale au profit du juge du divorce, de la séparation de corps ou de l'annulation du mariage pour toute question de responsabilité parentale liée à la question matrimoniale à la triple condition qu'« au moins l'un des époux exerce la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant » tout d'abord, que « la compétence de ces juridictions a été acceptée expressément ou de toute autre manière non équivoque par les époux et par les titulaires de la responsabilité parentale, à la date à laquelle la juridiction est saisie » ensuite, et « qu'elle est dans l'intérêt supérieur de l'enfant » enfin. L'effort en faveur de la concentration des compétences et de la lutte contre le morcellement, bien qu'il existe, reste cependant ici modeste, puisqu'il repose à la fois sur une définition de l'intérêt de l'enfant qui ne semble pas inclure la concentration du contentieux et sur un accord de volonté des époux qui, par

¹⁰³² Bruno STURLÈSE, *op. cit.*, p. 57.

hypothèse, sont en litige. De telles limites peuvent ainsi faire obstacle non seulement à un traitement juridictionnel unitaire des questions relatives à la séparation d'un couple et à l'autorité parentale vis-à-vis des enfants qui en sont issus, mais aussi à une concentration plus large du contentieux familial. Un arrêt rendu par la Cour de justice le 5 septembre 2019¹⁰³³ l'a mis en évidence : en l'espèce, la Cour a considéré que le juge compétemment saisi du divorce de parents d'un enfant mineur et s'étant déclaré, sur le fondement de l'article 12 § 1 du règlement « Bruxelles II bis », incompétent pour connaître des questions de responsabilité parentale à son égard, peut se reconnaître compétent pour connaître de la demande relative à l'obligation alimentaire concernant ledit enfant, soit en tant que juge de la résidence habituelle du défendeur sur le fondement de l'article 3, *littera* a du règlement « Aliments », soit en tant que juge devant lequel le défendeur comparaît sur celui de l'article 5 du même texte. Une telle possibilité, fondée sur ce que le parent demandeur « peut souhaiter, dans l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁰³⁴, était loin d'être acquise au vu de la jurisprudence antérieure de la Cour de justice, qui a instauré une hiérarchie entre les *litterae* c et d de l'article 3 du règlement « Aliments », empêchant le juge du divorce de fonder sa compétence alimentaire sur l'article 3, *littera* c lorsque la demande alimentaire concerne non l'époux, mais l'enfant, et qu'une juridiction d'un autre État membre est saisie d'une question relative à la responsabilité parentale vis-à-vis de l'enfant¹⁰³⁵. L'élément de souplesse introduit par l'arrêt de 2019, insuffisant au regroupement du contentieux familial compte tenu des conditions définies par l'article 12 § 1 du règlement « Bruxelles II bis », souligne par ailleurs un peu plus le défaut d'autonomie de l'objectif de concentration des compétences en matière familiale. Subordonné à la volonté des parties et à l'intérêt supérieur de l'enfant dont, de façon tout à fait critiquable, il n'est pas considéré comme une composante importante, il ne fait pas l'objet d'une réflexion propre mais d'aménagements casuistiques.

L'effort en faveur de la concentration du contentieux accompli par l'article 12 § 1 mérite cependant d'être souligné au regard de deux éléments relevant de son contexte textuel *latu sensu*. D'une part, la fonction de regroupement du contentieux assumée par ce texte est mise en exergue par l'existence de l'article 12 § 3 du règlement « Bruxelles II bis ». Celui-ci prévoit

¹⁰³³ CJUE, 5 septembre 2019, *R. c. P.*, aff. C-468/18 ; *Dalloz actualité*, 11 octobre 2019, obs. F. MÉLIN ; *RCDIP*, 2020, p. 503, note R. LEGENDRE ; *AJ fam.*, 2020, p. 63, obs. A. BOICHÉ ; *Europe*, 2019, comm. 472, L. IDOT ; *Dr. fam.*, 2020, comm. 36, M. FARGE ; *Procédures*, 2019, comm. 287, C. NOURRISSAT ; *RJPF*, déc. 2019, n° 12, p. 33, obs. S. GODECHOT-PATRIS.

¹⁰³⁴ CJUE, 5 septembre 2019, *R. c. P.*, précité, points 49 et 50.

¹⁰³⁵ CJUE, 16 juillet 2015, aff. C-184/14 ; *D.*, 2015, p. 1606 ; *ibid.*, 2016, p. 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *Dalloz actualité*, 8 septembre 2015, obs. F. Mélin ; *AJ fam.*, 2015, p. 674, obs. A. BOICHÉ ; *RCDIP*, 2016, p. 180, note F. MARCHADIER ; *RTD eur.*, 2015, p. 801, obs. V. ÉGÉA ; *Procédures*, 2015, comm. 296, obs. C. NOURRISSAT ; *Europe*, 2015, comm. 400, L. IDOT ; *RJPF*, oct. 2015, n° 10, p. 26, obs. S. MAUCLAIR ; *ibid.*, nov. 2015, n° 11, p. 31, obs. S. GODECHOT-PATRIS.

une dérogation à la règle principale, en dehors de toute procédure de désunion et alors même qu'aucune autre procédure n'est pendante, en faveur des juridictions d'un État membre si et seulement si, premièrement, l'enfant entretient avec ce dernier un lien étroit, deuxièmement, les parties ont accepté leur compétence, et finalement, celle-ci est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. D'autre part, le règlement « Bruxelles II *ter* », qui succède au règlement « Bruxelles II *bis* »¹⁰³⁶, ne propose pas de mécanisme de prorogation de compétence *dédié* au regroupement du contentieux. En matière de responsabilité parentale, l'option de compétence offerte aux parties¹⁰³⁷ de même que les mécanismes de transfert de compétence à un juge mieux placé¹⁰³⁸ peuvent conduire à faire coïncider le for de la responsabilité parentale et le for de la désunion ou le for saisi d'une autre question en matière familiale, mais il s'agirait dans ce cas d'un simple effet contingent¹⁰³⁹, et non d'un effet découlant de la raison d'être de ces mécanismes. Seul le dispositif concernant le traitement des questions incidentes relatives à la responsabilité parentale pourrait, à première vue, s'apparenter à un mode spécifique de regroupement du contentieux. L'article 16 du nouveau règlement permet, en effet, à la juridiction saisie d'un litige dont l'issue dépend d'une question incidente relative à la responsabilité parentale de trancher cette question, alors même qu'elle est incompétente, en vertu du règlement « Bruxelles II *ter* », pour en connaître à titre principal. Une telle hypothèse peut, par exemple, se présenter dans le cadre d'un litige alimentaire, ou d'un contentieux successoral¹⁰⁴⁰. Cette prorogation de compétence du juge saisi de la question principale est cependant doublement limitée. D'une part, elle ne peut être mise en œuvre que si la réponse à cette dernière question *dépend* de la résolution d'une question *incidente* concernant la

¹⁰³⁶ L'article 100 du règlement « Bruxelles II *ter* » prévoit que ce texte ne s'applique « qu'aux actions judiciaires intentées, aux actes authentiques dressés ou enregistrés et aux accords enregistrés le ou après le 1^{er} août 2022 ».

¹⁰³⁷ Article 10 § 1, *littera* a du règlement « Bruxelles II *ter* ».

¹⁰³⁸ Articles 12 et 13 du règlement « Bruxelles II *ter* », qui reprennent en substance l'article 15 du règlement « Bruxelles II *bis* ».

¹⁰³⁹ Sur l'usage anticipé de l'option de compétence ou de l'*optio juris* en faveur du regroupement du contentieux ou de l'unité du droit applicable, voir *infra*, n^{os} 199-204.

¹⁰⁴⁰ Le cas d'une question incidente concernant la responsabilité parentale émergeant dans le cadre d'un contentieux successoral a été spécifiquement envisagé par l'article 16 § 3 du règlement « Bruxelles II *ter* » qui dispose comme suit : « Lorsque la validité d'un acte juridique réalisé ou à réaliser au nom de l'enfant dans une procédure en matière de succession devant une juridiction d'un État membre exige l'autorisation ou l'approbation d'une juridiction, une juridiction de cet État membre peut décider s'il convient d'autoriser ou d'approuver une telle opération même si elle n'est pas compétente en vertu du présent règlement ». Cet article généralise la solution adoptée par la Cour de justice un an auparavant sur le fondement de l'article 12 § 3 du règlement « Bruxelles II *bis* » (CJUE, 19 avril 2018, *Saponaro*, aff. C-565/16 ; *D.*, 2018, p. 897 ; *AJ fam.*, 2018, p. 345, obs. C. ROTH ; *Europe*, 2018, comm. 253, obs. L. IDOT ; *Dr. fam.*, 2018, chron. 1, n^o 2, obs. V. ÉGÉA). En l'espèce, les parents d'un enfant appelée à la succession de son grand-père maternel ont demandé au juge grec de la nationalité de l'enfant et du lieu d'ouverture de la succession et de situation du patrimoine du défunt, l'autorisation de renoncer à la succession pour le compte de leur enfant. La juridiction nationale interroge la Cour de justice sur la conformité à l'intérêt de l'enfant résidant habituellement avec ses parents en Italie d'une prorogation de compétence en faveur des juridictions grecques choisies par les parents. La Cour de justice a considéré que compte tenu des liens entre l'enfant et l'État grec, une telle prorogation de compétence opérée sur le fondement de l'article 12 § 3 du règlement « Bruxelles II *bis* » est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

responsabilité parentale ; il ne s'agit pas de remédier de façon générale aux problèmes posés par une spécialisation excessive des catégories en s'appuyant sur les liens systémiques qui peuvent exister entre elles. D'autre part, aux termes de l'article 16 § 2 du règlement « Bruxelles II *ter* », la décision adoptée en matière de responsabilité parentale par la juridiction dont la compétence a été prorogée « ne produit d'effets que dans la procédure dans le cadre de laquelle la décision a été prise ». La volonté de regrouper une partie du contentieux en matière de désunion et de responsabilité parentale semble donc s'être récemment affaiblie.

199. Une telle évolution paraît paradoxale au regard des autres règlements adoptés en matière familiale. Cette démarche de regroupement paraît en effet se généraliser et même se renforcer dans les textes adoptés ultérieurement en la matière. À l'exception du règlement « Successions », chacun d'entre eux peut être perçu comme porteur d'une démarche plus engagée en faveur de la coordination. En effet, non seulement les dispositions de ces textes qui prévoient un regroupement des compétences le font au titre de compétences de principe, mais le regroupement se fait en considération des seuls liens systémiques pouvant exister entre les questions. La source, éventuellement nationale, de la compétence avec laquelle le regroupement est prévu n'est pas de nature à faire obstacle à ce dernier.

200. Règlement « Aliments ». – Ainsi, l'article 3, *litterae c et d*, du règlement « Aliments » prévoit que « [s]ont compétentes pour statuer en matière d'obligations alimentaires dans les États membres [...] la juridiction qui est compétente *selon la loi du for* pour connaître d'une action relative à l'état des personnes lorsque la demande relative à une obligation alimentaire est accessoire à cette action, sauf si cette compétence est fondée uniquement sur la nationalité d'une des parties, ou la juridiction qui est compétente *selon la loi du for* pour connaître d'une action relative à la responsabilité parentale lorsque la demande relative à une obligation alimentaire est accessoire à cette action, sauf si cette compétence est fondée sur la nationalité d'une des parties »¹⁰⁴¹. Cette disposition, en envisageant la possibilité d'une concentration au profit de la juridiction compétente « *selon la loi du for* », et donc non nécessairement en vertu d'un règlement européen, étend considérablement le champ des questions d'état concernées. Celles-ci peuvent ainsi être relatives à la constatation de l'existence d'un mariage ou à la filiation, qui sont pourtant exclues jusqu'à présent du domaine matériel des règlements européens¹⁰⁴².

Les hypothèses de prorogation à la matière alimentaire de la compétence du juge de la responsabilité parentale fondée sur le droit commun, si elles sont envisagées par le règlement

¹⁰⁴¹ C'est nous qui soulignons.

¹⁰⁴² Sur le doute qui anime la doctrine s'agissant de l'action en constatation de l'existence d'un mariage, voir Urs Peter GRUBER, « Commentaire de l'article premier du règlement "Bruxelles II *bis*" », in *Droit européen du divorce*, Sabine Corneloup (dir.), LexisNexis, 2013, pp. 193-211, spéc. n^{os} 14-20, pp. 198-200.

« Aliments » paraissent devoir se présenter de façon plus occasionnelle en raison de l'étendue du domaine du droit européen en la matière. Les règlements « Bruxelles II *bis* » et « Bruxelles II *ter* » disposent, en effet, d'un champ d'application matériel beaucoup plus compréhensif que le règlement « Bruxelles II »¹⁰⁴³, puisque, contrairement à ce dernier, ils dissocient la responsabilité parentale de la désunion et, ainsi, ne se restreignent pas au contentieux de la responsabilité parentale à l'égard des enfants communs du couple marié en instance de désunion. Si bien que les règlements « Bruxelles II *bis* » et « Bruxelles II *ter* » laissent peu de place à une compétence en matière de responsabilité parentale fondée sur le droit commun. L'hypothèse ne peut cependant pas être écartée.

En effet, ces deux règlements reposent principalement sur le critère de la résidence habituelle qui représente un potentiel « talon d'Achille »¹⁰⁴⁴. Le risque de défaillance du critère, en particulier, a conduit le législateur européen à prévoir en matière de responsabilité parentale des compétences résiduelles au profit de juridictions désignées par le droit commun des États membres¹⁰⁴⁵. Ce risque semble singulièrement important dans un espace où la libre circulation des personnes, en étant encouragée, favorise le changement de résidence habituelle et donc la constitution d'un vide juridique entre la disparition de l'ancienne et la concrétisation de la nouvelle. La défaillance peut, par ailleurs, survenir du fait des difficultés qui procèdent de la caractérisation de ce rattachement. La notion ne dispose pas d'une définition abstraite et est caractérisée par la réunion d'éléments de fait qui relèvent de l'appréciation du juge et dont la liste est définie au cas par cas et de manière non exhaustive par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁰⁴⁶. Dès lors, l'incertitude du juge peut le conduire à conclure, au terme de son appréciation, à la défaillance du rattachement.

Ainsi, dans cette dernière situation, le règlement « Aliments » permet le regroupement de compétences, en faveur de juridictions désignées sur le fondement du droit commun des États membres. Néanmoins à nouveau, cette concentration n'est pas automatique : l'article 3 du règlement offre au demandeur quatre critères de compétence alternatifs, les deux autres reposant sur la résidence habituelle du débiteur ou du créancier d'aliments. La lutte contre le morcellement du contentieux repose donc sur un critère volontaire et ainsi sur l'opportunité qu'elle représente pour le demandeur ; la probabilité qu'elle se concrétise semble cependant plus grande que dans le cas du règlement « Bruxelles II *bis* », étant donné qu'il n'est pas nécessaire, dans cette hypothèse, de recueillir le consentement des *deux* parties.

¹⁰⁴³ Voir *supra*, n° 191.

¹⁰⁴⁴ Alain DEVERS, *op. cit.*, p. 91. Sur la faiblesse de ce critère, voir *infra*, n°s 270-271.

¹⁰⁴⁵ Articles 14 des règlements « Bruxelles II *bis* » et « Bruxelles II *ter* ».

¹⁰⁴⁶ Sur ces deux points, voir *infra*, n°s 268-269.

201. Règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ». – De même, le règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » prévoit que, « [a]fin de refléter la mobilité croissante des couples et afin d’assurer une bonne administration de la justice, les règles de compétence énoncées dans le présent règlement devraient permettre aux citoyens de voir les différentes procédures connexes dans lesquelles ils sont impliqués traitées par les juridictions d’un même État membre »¹⁰⁴⁷. Mais cet objectif n’est pas traduit de manière uniforme dans les diverses dispositions du règlement. L’intensité de l’effort de concentration du contentieux varie selon que la juridiction, devant laquelle le regroupement des compétences est envisagé, tire sa compétence de règles de droit commun ou d’un règlement européen.

Ainsi, l’article 5 du règlement précise que « [l]orsqu’une juridiction d’un État membre est saisie pour statuer sur une demande en dissolution ou en annulation d’un partenariat enregistré, les juridictions de cet État sont compétentes pour statuer sur les effets patrimoniaux du partenariat enregistré en relation avec ladite affaire de dissolution ou d’annulation lorsque les partenaires en conviennent ainsi ». La compétence en matière de dissolution ou d’annulation du partenariat enregistré étant régie, dans chaque État, par des règles de droit commun, la concentration des compétences peut ici à nouveau jouer en faveur de juridictions qui n’auront pas été désignées par une disposition issue d’un règlement européen. Cependant, cette compétence dépend, une fois de plus, de la *volonté des deux parties*. Au contraire, la prorogation de compétence en faveur de la juridiction d’un État membre saisie d’une question relative à la succession d’un partenaire enregistré sur le fondement du règlement « Successions », elle, est *impérative*.

Dans les deux cas, au vu de la formulation des articles 4 et 5 du règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés »¹⁰⁴⁸, l’effectivité de la concentration du contentieux doit être relativisée : lorsque la concentration du contentieux se concrétise, elle n’est en réalité assurée qu’au sein d’un même ordre juridique, et pas nécessairement devant la même juridiction. En effet, de l’existence d’une compétence exercée par une juridiction déterminée, en matière successorale dans le premier cas, et relative à la dissolution ou à l’annulation du partenariat enregistré dans le second, est déduite, s’agissant des effets patrimoniaux du partenariat, une compétence *générale* des juridictions de l’État membre auquel appartient la

¹⁰⁴⁷ Considérant 32 du règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

¹⁰⁴⁸ Article 4 du règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » : « Lorsqu’une *juridiction* d’un État membre est saisie d’une question relative à la succession d’un partenaire enregistré, en application du règlement (UE) n° 650/2012, *les juridictions* de cet État sont compétentes pour statuer sur les effets patrimoniaux du partenariat enregistré en relation avec ladite affaire de succession ». Article 5 § 1 du règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » : « Lorsqu’une *juridiction* d’un État membre est saisie pour statuer sur une demande en dissolution ou en annulation d’un partenariat enregistré, *les juridictions* de cet État sont compétentes pour statuer sur les effets patrimoniaux du partenariat enregistré en relation avec ladite affaire de dissolution ou d’annulation, lorsque les partenaires en conviennent ainsi ». C’est nous qui soulignons.

juridiction saisie. La juridiction spécialement compétente sera alors déterminée par l'application des règles nationales de compétence territoriale. Elle ne concordera donc pas nécessairement avec la juridiction saisie de la question successorale ou de la dissolution ou annulation du partenariat enregistré.

202. Cette limite à la concentration des compétences n'est pas de nature à soulever infailliblement des difficultés nuisibles au contentieux international. Elle met cependant en lumière la différence entre une réflexion synthétique et systémique sur la construction des règles de droit international privé et la mise en œuvre de mécanismes de prorogation de compétence, d'une part. Elle conduit à interroger l'opportunité de subordonner à la volonté des parties la prorogation de compétence de la juridiction saisie de la dissolution ou de l'annulation du partenariat, en particulier dans des États qui adoptent, en droit commun, un traitement unitaire du contentieux des partenariats, d'autre part. Si le texte lui-même ne donne aucune justification à cette restriction, il est permis de trouver les raisons de cet assujettissement dans l'origine nationale des règles de compétence en matière de dissolution ou d'annulation du partenariat. Cette origine empêche les institutions européennes de contrôler l'adéquation de ces règles aux objectifs assignés aux règlements ; c'est en particulier la potentielle mise en œuvre, au stade de la demande en dissolution ou en annulation, d'une règle de compétence exorbitante qui motive cette réserve.

Pourtant, l'énoncé par le règlement des objectifs assignés à la prorogation de compétence ne semble pas justifier un tel rôle de la volonté des parties. En effet, le considérant 32 du règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » précise que la prorogation de compétence est destinée à « refléter la mobilité croissante des couples et [...] à] assurer une bonne administration de la justice ». Compte tenu de ces objectifs, la mise en œuvre effective de la prorogation de compétence ne nous semble pas pouvoir dépendre de la volonté des parties, mais de la seule capacité des règles de compétence initialement mises en œuvre à les remplir. Dès lors, un encadrement éventuel des critères acceptables du point de vue de la coordination opérée par le droit de l'Union européenne¹⁰⁴⁹ nous semble préférable au rôle attribué à la volonté des parties. Ces objectifs pourraient, en effet, en l'état actuel du texte, être sacrifiés sur l'autel de la déloyauté procédurale, alors même que la dissociation du traitement conflictuel de la dissolution et des effets du partenariat enregistré est de nature à fragiliser la sécurité juridique des parties, compte tenu des différences entre les États qui conçoivent le partenariat comme un contrat et ceux qui le rapprochent du mariage.

¹⁰⁴⁹ Sur ce point, voir *infra*, n^{os} 500-503.

Il suffit pour s'en convaincre d'envisager le cas d'un *Lebenspartnerschaft* conclu en Allemagne entre un ressortissant français et un ressortissant allemand. Par la suite, les partenaires s'installent dans la région de Metz pour se rapprocher de la famille du partenaire français, tout en permettant au partenaire allemand de regagner facilement son lieu de travail situé à Sarrebruck, de l'autre côté du Rhin. Après que les partenaires se sont séparés du fait d'une dégradation de leurs relations, le partenaire allemand retourne s'installer dans son État national. Quelques mois après, il y saisit les juridictions allemandes d'une demande de dissolution du partenariat, sur le fondement de l'article 103 § 1 FamFG¹⁰⁵⁰. Le partenaire allemand propose au partenaire français de confier, comme le prévoit l'article 5 du règlement « Effets patrimoniaux des partenariats », la compétence en matière d'effets patrimoniaux à la juridiction saisie de la dissolution. L'article 103 § 2 FamFG permettant à cette juridiction de connaître des questions relatives aux effets du partenariats, un tel accord permettrait de faire trancher, par la même juridiction, l'ensemble du contentieux lié à leur partenariat. Dans un tel contexte, l'article 5 du règlement permet au partenaire français de refuser la conclusion d'un tel accord, y compris pour des motifs purement dilatoires. Les juridictions françaises pourront alors être saisies, à défaut de résidence habituelle des époux, sur le fondement de l'article 6, *littera* b, en tant que « juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est située la dernière résidence habituelle des partenaires, dans la mesure où l'un d'eux y réside encore au moment de la saisine de la juridiction ». La prise en compte de la volonté des parties contraire, dans une telle hypothèse, la bonne administration de la justice.

203. Règlement « Régimes matrimoniaux ». – L'article 4 du règlement « Régimes matrimoniaux » comporte, *mutatis mutandis*, la même disposition transposée à cette matière que celle de l'article 4 du règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », créant ainsi un for du contentieux familial patrimonial. Toutes choses égales par ailleurs, les remarques formulées précédemment s'agissant des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés valent ainsi tout autant en matière de régimes matrimoniaux.

En revanche, la concentration potentielle du contentieux devant le for de la désunion, prévue à l'article 5 du règlement « Régimes matrimoniaux », est à certains égards plutôt complexe. En effet, en principe, les juridictions de l'État dont l'une a été saisie pour statuer sur une demande en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage sur le fondement

¹⁰⁵⁰ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG – Loi relative à la procédure en matière familiale et de juridiction gracieuse). L'article prévoit que les juridictions allemandes sont compétentes, s'agissant de la dissolution d'un partenariat enregistré, dans trois cas : lorsqu'un partenaire est ou était allemand au moment de l'enregistrement du partenariat (point 1) ; lorsque l'un des partenaires réside habituellement en Allemagne (point 2) ; ou lorsque le partenariat a été enregistré par une autorité allemande compétente (point 3). Dans notre exemple, la juridiction allemande est ainsi compétente à ces trois titres.

du règlement « Bruxelles II *bis* » — et, à compter du 1^{er} août 2022, du règlement « Bruxelles II *ter* » —, sont compétentes pour trancher « les questions de régime matrimonial en lien avec ladite demande ». À nouveau, la concentration des compétences s'effectue au niveau de l'ordre juridique, la coïncidence des juridictions spécialement compétentes pour connaître de ces contentieux n'étant pas assurée. Mais par ailleurs, l'accord des parties est requis par l'article 5 § 2 du règlement « Régimes matrimoniaux » dans trois hypothèses. C'est tout d'abord le cas si la compétence résultant du règlement « Bruxelles II *bis* » est fondée sur l'article 3 § 1, *littera a*, cinquième ou sixième tiret de ce dernier texte¹⁰⁵¹, qui désignent respectivement l'État de la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande, ou l'État de la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et s'il est ressortissant de cet État ou y a son domicile dans le cas du Royaume-Uni ou de l'Irlande. Un accord des parties est ensuite requis, si la compétence en matière matrimoniale est fondée sur l'article 5 du règlement « Bruxelles II *bis* »¹⁰⁵² qui prévoit que « la juridiction de l'État membre qui a rendu une décision sur la séparation de corps est également compétente pour convertir cette décision en divorce, si la loi de cet État membre le prévoit ». Cette exigence s'impose enfin si la compétence est fondée sur l'article 7 du règlement « Bruxelles II *bis* »¹⁰⁵³, c'est-à-dire est déterminée, à titre résiduel, par le droit international privé commun de l'État membre dont la juridiction a été saisie. Ce recul par rapport au règlement « Aliments », qui ne requiert pas l'accord des deux parties, peut surprendre, d'abord en ce qui concerne les compétences résiduelles, mais surtout s'agissant de celles qui reposent sur l'un des critères alternatifs de l'article 3 du règlement « Bruxelles II *bis* »¹⁰⁵⁴. Le règlement « Régimes matrimoniaux » révèle ici une faiblesse de cette dernière disposition qui prévoit des critères alternatifs, dont certains ne traduisent qu'un lien très ténu avec l'État désigné et qui créent un *forum actoris*. Dans ce cas, le lien exigé entre l'État et la situation est donc plus fort en matière de régimes matrimoniaux, donc en matière patrimoniale, que s'agissant des questions extrapatrimoniales relatives à l'annulation du mariage, au relâchement ou à la dissolution du lien matrimonial.

204. Conclusion. – Transition. – L'ensemble de ces éléments conduit donc à constater que la concentration des compétences est fréquemment dépendante de la volonté de l'une ou des deux parties, et peut se concrétiser devant les juridictions d'un même ordre juridique sans pour autant qu'une seule et même juridiction soit saisie de l'ensemble des questions. Elle risque donc

¹⁰⁵¹ Article 3, *littera a*, points v) et vi) du règlement « Bruxelles II *ter* ».

¹⁰⁵² Article 5 du règlement « Bruxelles II *ter* ».

¹⁰⁵³ Article 6 du règlement « Bruxelles II *ter* ».

¹⁰⁵⁴ Article 3 du règlement « Bruxelles II *ter* ».

souvent de rester lettre morte dans le cadre d'un contentieux en général peu apaisé et propice aux manœuvres dilatoires, et ainsi de manquer l'objectif de bonne administration de la justice qu'elle poursuit. Par ailleurs, en cas de succès, si elle permet de faire trancher différentes questions de droit nées d'une même situation juridique par une même juridiction, la difficulté de leur articulation se pose en raison du morcellement de la catégorie au niveau du conflit de lois. Certes, une telle opération n'est nécessaire que si les critères de rattachement des différentes règles de conflit pertinentes se concrétisent effectivement dans des États différents, menant à l'application de lois différentes¹⁰⁵⁵. Il est cependant notable qu'aucun mécanisme de « prorogation » de la compétence législative n'ait été prévu.

2. *En matière de compétence législative*

205. Spécialisation des catégories. – Le défaut de mécanisme de prorogation spécifique s'agissant de la compétence législative peut s'expliquer en partie par l'impossibilité logique, qui s'observe déjà traditionnellement, de réunir certaines catégories de questions. C'est notamment le cas du divorce, des régimes matrimoniaux et des successions, qui font chacun l'objet d'un règlement européen.

206. Élargir l'intégration aux dépens de la qualité de la coordination. – Une réflexion aurait cependant pu être menée en matière matrimoniale, préalablement à l'adoption du protocole de La Haye et des règlements « Aliments » et « Rome III », pour faire correspondre systématiquement la loi applicable au relâchement ou à la dissolution du lien matrimonial et la loi applicable à ses effets. Il nous semble souhaitable, compte tenu des liaisons systémiques qui existent entre ces deux catégories de questions, que cette coïncidence se réalise fréquemment en pratique, ce qui reste largement possible.

En effet, cela serait par exemple le cas, à défaut de choix de loi en matière matrimoniale, d'une part, si les époux résident toujours dans le même État au moment du divorce et que la demande alimentaire est formée au cours de la même instance : la combinaison des articles 8, *littera a* du règlement « Rome III », désignant la loi de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction, et de l'article 3 § 1 du protocole de La Haye¹⁰⁵⁶, désignant la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier d'aliments, par hypothèse identique à celle de la résidence habituelle du débiteur d'aliments, conduirait ainsi à la

¹⁰⁵⁵ Voir déjà sur ce point, au sujet des convergences potentielles de systèmes de conflits différents, Henri BATIFFOL, « Principes de droit international privé », *RCADI*, vol. 97, 1959, pp. 431-593, spéc. p. 440.

¹⁰⁵⁶ La dérogation prévue par l'article 5 du texte dans les relations entre époux et ex-époux au profit d'une loi qui présente un lien plus étroit avec le mariage, comme la loi de la dernière résidence habituelle des époux, pourrait venir perturber la coïncidence législative. Cela ne pourrait probablement pas être le cas si la loi ayant des liens plus étroits était celle de la dernière résidence habituelle des époux, le texte semblant en effet supposer que les époux ou ex-époux n'ont plus de résidence habituelle commune. En revanche, la dérogation pourrait jouer par exemple au profit de la loi nationale commune des époux.

désignation de la même loi. Cela pourrait également être le cas si les époux sont séparés au moment de la demande. En vertu de l'article 8, *littera* b du règlement « Rome III », à défaut de résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction, c'est la loi de la dernière résidence habituelle des époux qui s'applique. Encore faut-il, selon les termes de l'article, que « cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet État au moment de la saisine de la juridiction ». Dans de telles conditions, la loi alimentaire peut coïncider avec la loi applicable à la désunion si elle est appliquée au titre de loi de l'État de la résidence habituelle du créancier (article 3 du protocole de La Haye) dans le cas où le créancier est le plaideur qui réside encore dans l'État de la dernière résidence habituelle commune des époux, ou au titre de loi de l'État de la dernière résidence habituelle commune des époux (article 5 du protocole de La Haye), si elle a effectivement un lien plus étroit avec le mariage que la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments. Cela pourrait enfin être le cas si la loi nationale commune des époux est appliquée sur le fondement de l'article 8, *littera* c du règlement « Rome III » en matière matrimoniale, et si elle est considérée comme ayant des liens plus étroits que la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments sur le fondement de l'article 5 du protocole de La Haye.

Beaucoup de conjectures donc, et peu de prévisibilité, ce qui est notamment dû à la volonté de faire « du sur-mesure pour les plaideurs »¹⁰⁵⁷ et de faire progresser l'intégration dans les domaines les plus larges possible. Ainsi, la coordination entre les matières matrimoniale et alimentaire a probablement souffert de la volonté d'harmoniser largement la matière alimentaire, en y incluant les obligations alimentaires naissant en dehors du cadre matrimonial. Mais le protocole de La Haye scindant lui-même la catégorie alimentaire¹⁰⁵⁸, le prix peut être considéré comme trop élevé par rapport au résultat.

207. Limite du recours à l'autonomie de la volonté. – Le morcellement et ses inconvénients ont en outre servi de moteur à la progression de l'autonomie de la volonté¹⁰⁵⁹ dans les textes de droit international privé de la famille de l'Union européenne et notamment dans le domaine des conflits de lois¹⁰⁶⁰. Mais le procédé, même encadré en matière familiale, vecteur de comportements opportunistes, ne permet pas de garantir une réduction des conséquences du morcellement. Par ailleurs, les critères sur lesquels peuvent se porter le choix

¹⁰⁵⁷ L'expression est empruntée à Estelle GALLANT, « Le nouveau droit international privé alimentaire de l'Union : du sur-mesure pour les plaideurs », *Europe*, février 2012, étude 2, pp. 4-10.

¹⁰⁵⁸ Voir *supra*, n° 193.

¹⁰⁵⁹ Sur ce point, voir *infra*, n°s 272-275.

¹⁰⁶⁰ Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, « Uniform conflict of law rules on divorce and legal separation via enhanced cooperation », in *Latest Developments in EU Private International Law*, Beatriz Campuzano Díaz, Marcin Czepelak, Andrés Rodríguez Benot, Ángeles Rodríguez Vázquez (dir.), Cambridge, Intersentia, 2011, pp. 23-48, spéc. p. 41.

des parties étant situés dans le temps au moment de la conclusion de la convention, le choix de loi dans un domaine peut ne pas coïncider avec les critères subjectifs souvent appréciés au moment de la saisine de la juridiction ou le choix de loi effectué à un autre moment dans un autre domaine.

208. Conclusion du paragraphe. – Transition. – Le droit international privé de la famille de l'Union ne se construit pas à partir du constat d'un statut dont la permanence doit être préservée, mais au fur et à mesure des difficultés qui peuvent faire l'objet d'un compromis entre les États membres. L'hyperspécialisation des catégories est dès lors inéluctable et s'est imposée comme une véritable méthode d'élaboration des règles de conflit européennes. Les complications s'ensuivant en termes d'éclatement du contentieux et d'articulation des droits applicables ont incité le législateur européen à proposer des mécanismes censés permettre ici, l'articulation, voire la coïncidence, des lois applicables, là une concentration des compétences juridictionnelles. Dépendant largement de la volonté des parties et du droit commun des États membres échappant à la coordination européenne, ils peuvent s'avérer constituer des facteurs de complication supplémentaires et revêtir une utilité modeste. Le morcellement de la matière apparaît alors comme l'inéluctable prix à payer pour une uniformisation perçue comme le meilleur moyen d'assurer la libre circulation des personnes au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. L'adéquation entre l'uniformisation des règles de conflit et les buts qu'elle vise est cependant contestable, ce qui, en retour, conduit à considérer disproportionnés les inconvénients du morcellement.

II. L'uniformisation, condition de l'intégration des individus dans un espace européen

209. Plan. – Dans cette matière comme ailleurs, le constat de l'uniformisation progressive des règles applicables s'impose¹⁰⁶¹. En droit international privé de l'Union européenne, ce mouvement est fondamentalement perçu comme un « outil de cohérence et d'intégration »¹⁰⁶², l'adoption de règles de conflit uniformes étant supposément justifiée par la poursuite de l'« objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein

¹⁰⁶¹ Vincent HEUZÉ, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5. 1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *RCDIP*, 2000, pp. 595-639, spéc. p. 595.

¹⁰⁶² Maarit JÄNTERÄ-JAREBORG, « Europeanization of law : harmonisation or fragmentation — a family law approach », *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland*, vol. 5, 2010, pp. 504-515, spéc. p. 506, cité par Katharina Boele-Woelki, « For better or for worse : the Europeanization of international divorce law », *YPIL*, vol. 12, 2010, pp. 1-26, spéc. p. 4 : « *tool of coherence and integration* » (traduction libre).

duquel la libre circulation des personnes est assurée »¹⁰⁶³ (A). Si cette allégation est contestable, un autre développement, bien moins ostensible et pourtant capital, du droit international privé européen retient l'attention. L'importance de cet objectif, au cœur de la construction de l'Union européenne, et une compréhension large de l'entrave conduit, par glissements progressifs et sans qu'aucun fondement puisse en être déterminé, à une uniformisation matérielle inédite, en comparaison à la fois des entreprises d'uniformisation pilotées dans d'autres cadres multilatéraux, et de la « matière civile et commerciale », domaine dans lequel les divergences matérielles sont sans doute moins prononcées (B).

A. L'uniformisation systématique des règles de conflit au service de la libre circulation des personnes

210. Plan. – L'adoption de règles de conflit uniformes a été justifiée originellement par leur rôle allégué dans la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle des décisions, « pierre angulaire de la création d'un véritable espace judiciaire »¹⁰⁶⁴ (1). Mais, s'agissant plus particulièrement des règles de conflit de lois, leur diversité a progressivement été perçue, plus fondamentalement et en dehors de toute question de reconnaissance des décisions, comme une entrave potentielle à la libre circulation (2).

1. L'uniformisation, préalable à la reconnaissance mutuelle des décisions

211. Plan. – Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions, central dans la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne, a été invoqué pour justifier l'uniformisation des règles de compétence directe aussi bien qu'à celle des règles de conflit de lois. Mais si la première est présentée comme une condition essentielle, au sens premier du terme, du principe (a), la seconde permettrait plutôt de faciliter sa mise en œuvre (b).

a. L'uniformisation des règles de compétence directe, condition d'existence alléguée du principe de reconnaissance mutuelle des décisions

212. Si le principe de reconnaissance mutuelle des décisions a guidé l'adoption de règles uniformes de compétence directe et de règles de conflit de lois, ce sont les premières qui ont d'abord suscité l'attention des institutions européennes.

213. Référence originelle au bon fonctionnement du marché intérieur. – Dans le cadre de la coopération intergouvernementale, l'article 220 du traité de Rome, sur le fondement

¹⁰⁶³ La formule constitue l'entame du premier considérant de l'ensemble des règlements adoptés en matière familiale. Voir *supra*, note 876.

¹⁰⁶⁴ Considérant 2 du règlement « Bruxelles II bis ».

duquel repose la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968¹⁰⁶⁵, prévoit que « [l]es États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants [...] la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales ». Par la suite, c'est encore cet objectif qui justifie l'adoption de la Convention de Bruxelles II, puis, au moment de la communautarisation du droit international privé par le traité d'Amsterdam¹⁰⁶⁶, des règlements qui lui ont succédé. Le règlement « Bruxelles II » rappelle ainsi dans son préambule, dès le deuxième considérant, que « [l]e bon fonctionnement du marché intérieur exige d'améliorer et de simplifier la libre circulation des jugements en matière civile », tandis que tous les textes suivants mentionnent *in limine*¹⁰⁶⁷ le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires dégagé par le Conseil de Tampere. Si, dans ces premiers textes, le principe de reconnaissance mutuelle apparaît étroitement lié au bon fonctionnement du marché intérieur, le traité de Lisbonne a formellement distendu les relations entre ces deux notions et conféré, en apparence, une ampleur nouvelle à la première¹⁰⁶⁸.

214. Substitution du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extra-judiciaires. – Le texte a en effet procédé à une modification de la lettre de l'article 65 TCE par adjonction de l'adverbe « notamment » à son libellé initial. L'article 81 § 2, *littera c* TFUE prévoit désormais qu'« [a]ux 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 [...] la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence »¹⁰⁶⁹. Si la référence au bon fonctionnement du marché intérieur ne semble pas avoir été abandonnée dans les textes relatifs à la matière familiale¹⁰⁷⁰, elle n'est « plus qu'une

¹⁰⁶⁵ Convention 72/454/CEE, JOCE, n° L 299, 31 décembre 1972, p. 32. La convention, qui d'après son titre « concern[e] la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », comporte déjà une règle de compétence internationale en matière d'obligation alimentaire.

¹⁰⁶⁶ Article 65, *littera b* 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 : [...] favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence ».

¹⁰⁶⁷ Considérant 4 du règlement « Aliments », considérants 3 des règlements « Bruxelles II *bis* », « Successions », « Régimes matrimoniaux » et « Partenariats enregistrés ». La référence est cependant moins solennelle dans le considérant 3 du règlement « Bruxelles II *ter* ».

¹⁰⁶⁸ Sur l'analyse des modifications apportées par le traité, voir Maud MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, th. dactyl., Université Paris Descartes, 427 p., spéc. n° 175, pp. 131-132.

¹⁰⁶⁹ C'est nous qui soulignons.

¹⁰⁷⁰ Voir *supra*, n° 213, et voir le considérant 7 du préambule du règlement « Successions » qui indique : « [i]l y a lieu de faciliter le bon fonctionnement du marché intérieur en supprimant les entraves à la libre circulation des personnes confrontées aujourd'hui à des difficultés pour faire valoir leurs droits dans le contexte d'une succession ayant des incidences transfrontières ». La matière successorale a cependant été exclue, par le législateur européen, du domaine familial.

considération parmi d'autres »¹⁰⁷¹, et la nécessité persiste de déterminer l'objectif de l'action de l'Union européenne en matière conflictuelle. Comme le souligne Vincent Heuzé, « [l]a compétence de l'Union, d'après le traité de Lisbonne, n'est toujours pas une compétence exclusive. C'est une compétence partagée avec celle des États membres. Elle demeure donc finalisée, et son exercice subordonné aux principes de subsidiarité et de proportionnalité »¹⁰⁷². Il convient donc toujours de déterminer « l'objectif [...] au regard duquel doit être désormais apprécié le respect de ces principes de subsidiarité et de proportionnalité »¹⁰⁷³. En l'absence d'indication plus précise, il convient donc de se reporter, selon les termes mêmes de l'article 81 § 2 *in limine*, au paragraphe précédent : « [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 ». C'est donc essentiellement ce principe qui, dans les textes, justifie l'action de l'Union en matière conflictuelle¹⁰⁷⁴ et l'adoption de mesures volontaires en ce sens.

Analysée au travers de ce prisme, la coopération judiciaire en matière civile a dès lors conduit à envisager l'adoption de mécanismes d'exécution et de reconnaissance simplifiée, voire automatique, des décisions judiciaires et de mesures d'accompagnement. C'est à ce dernier titre qu'ont été adoptées des règles de compétence directe uniformisées¹⁰⁷⁵. Depuis le règlement « Bruxelles II *bis* », récemment refondu au sein du règlement « Bruxelles II *ter* », jusqu'aux règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », toutes les questions de droit international privé de la famille traitées au sein de l'Union européenne font dès lors l'objet d'une uniformisation des règles de compétence internationale directe, saluée par une doctrine quasiment unanime¹⁰⁷⁶, afin de prévenir deux difficultés : le *forum shopping* d'une part, et le conflit de décisions concurrentes d'autre part¹⁰⁷⁷.

215. Lutte contre le *forum shopping*. – Dans un souci de bonne administration de la justice et d'équité entre les parties, il faut éviter que l'instauration d'un régime plus souple d'effet des

¹⁰⁷¹ Vincent HEUZÉ, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflit de lois », *JCP G*, 23 juillet 2008, n° 30, pp. 20-23, spéc. n° 9, p. 23.

¹⁰⁷² *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

¹⁰⁷³ *Op. cit.*, n° 10, p. 23.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*

¹⁰⁷⁵ Sur ce point, voir Conseil, Projet de programme des mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale, précité, p. 2 : « Ce programme comprend des mesures qui concernent la reconnaissance et l'exécution dans un État membre des décisions prises dans un autre État membre, ce qui implique que soient adoptées des règles de compétence judiciaire harmonisées, à l'instar de ce qui a déjà été fait dans la convention de Bruxelles et dans le règlement "Bruxelles II" ».

¹⁰⁷⁶ Voir notamment Hélène GAUDEMET-TALLON, « De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union européenne », in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. 1, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 159-185, spéc. pp. 163-175 ; Solange VIGAND, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, th. dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 2005, pp. 73-93.

¹⁰⁷⁷ Sur la résolution de ces difficultés à la lumière d'une lecture renouvelée de la coopération judiciaire en matière familiale, voir *infra*, n°s 504-521.

jugements étrangers¹⁰⁷⁸ dans l'espace judiciaire européen n'entraîne en amont une course au tribunal entre les parties du fait des divergences entre les règles de compétence et de procédure des États membres. En effet, s'agissant d'une situation familiale ayant des liens avec plusieurs États membres, il n'est, *a priori*, pas possible d'exclure la possibilité que les juridictions de plus de l'un d'entre eux se considèrent compétentes, offrant ainsi un choix aux parties, et surtout au demandeur. Compte tenu des divergences de règles de procédure et de preuve, de la différence de délais entre les États et des potentielles divergences relatives à la solution au fond¹⁰⁷⁹, l'avantage résultant, en aval, de reconnaissance automatique et de l'exécution simplifiée de la décision rendue qui bénéficierait à l'auteur du choix de la juridiction fait en amont serait injustifiable. Une uniformisation des règles de compétence directe serait ainsi de nature à éviter ce type de situation, en permettant aux juridictions des États membres de déterminer leur compétence sur le fondement des mêmes règles.

216. Cependant, certaines règles uniformes de compétence directe figurant dans les règlements conduisent à relativiser la portée de l'argument, en ce qu'elles permettent directement le *forum shopping*. C'est en particulier le cas des règlements « Bruxelles II bis »¹⁰⁸⁰ et « Aliments », qui figurent parmi les premiers textes adoptés en matière familiale, et qui l'ont été selon la procédure spécialement prévue en matière familiale¹⁰⁸¹. En matière matrimoniale comme en matière alimentaire¹⁰⁸², la règle de compétence juridictionnelle directe de principe est une règle à rattachements multiples alternatifs. La Cour de justice des Communautés européennes a eu l'occasion, dans son arrêt *Hadadi* rendu au sujet du règlement « Bruxelles II bis », de rappeler que « l'article 3 § 1, sous a) et b), du règlement n° 2201/2003 prévoit plusieurs chefs de compétence, *entre lesquels il n'est pas établi de hiérarchie*. Tous les critères objectifs énoncés à cet article 3 § 1 sont alternatifs »¹⁰⁸³. Cela justifie dès lors que la fraude ne soit pas

¹⁰⁷⁸ Sur l'assimilation progressive, en droit de l'Union européenne, des jugements rendus par les autres États membres à des jugements internes, voir *infra*, n°s 329-338.

¹⁰⁷⁹ Pour y remédier, l'Union européenne a systématiquement fait le choix d'adopter des règles de conflit de lois uniformes. Cette solution s'avère cependant trop simpliste, l'uniformité matérielle, à supposer qu'elle soit souhaitable, n'étant pas assurée par celle des règles de conflit de lois ; il convient en effet de tenir compte de l'influence sur la solution de l'exception d'ordre public et des règles de procédure et de preuve. Sur ce point, voir *infra*, n°s 225, 378-379.

¹⁰⁸⁰ Malgré les critiques qui lui ont été adressées précisément pour cette raison (à propos desquelles voir notamment Estelle GALLANT, V° « Règlement Bruxelles II bis : compétence, reconnaissance et exécution en matières matrimoniale et de responsabilité parentale », *op. cit.*, n°s 105-108, et les auteurs cités), l'article 3 du règlement « Bruxelles II bis » n'a pas été modifié à l'occasion de la refonte de ce texte, et y correspond donc la disposition identique de l'article 3 du règlement « Bruxelles II ter ».

¹⁰⁸¹ Cela n'a pas été le cas des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » qui ont été adoptés dans le cadre de procédures de coopération renforcée, et du règlement « Successions » qui a été considéré, de façon critiquable (voir *supra*, n° 7), comme n'appartenant pas à la matière familiale et, à ce titre, ne nécessitant pas de suivre la procédure législative spéciale prévue par l'article 81 § 3 TFUE.

¹⁰⁸² Articles 3 des règlements « Bruxelles II bis » et « Aliments ».

¹⁰⁸³ CJCE, 16 juillet 2009, *Hadadi*, aff. C-168/08, *Rec.*, 2009, p. I-6871, point 48 ; *D.*, 2009, p. 2106, obs. V. EGÉA ; *Ibid.*, 2010, pan. p. 1243, obs. L. WILLIATTE-PELLITTERI ; *Ibid.*, pan. p. 1585, obs. F. JAULT-SESEKE ;

réservée¹⁰⁸⁴. Le *forum shopping* y est donc conçu comme une possibilité offerte au demandeur, un « *forum shopping bonus* »¹⁰⁸⁵, et non pas comme une manœuvre frauduleuse – ou un abus de droit – sanctionnée en tant que telle. Pourtant, l'exemple de la matière matrimoniale peut décontenancer¹⁰⁸⁶ car d'un côté, le *forum shopping* a été l'une des raisons qui ont été mises en exergue par la Commission pour justifier l'adoption du règlement « Rome III » qui uniformise les règles de conflit de lois en la matière¹⁰⁸⁷, alors que de l'autre côté, c'est « le système du règlement ["Bruxelles II bis" qui] rend aléatoire, à l'échelle communautaire, l'application des normes de conflit nationales et abandonne celle-ci, en définitive, au bon vouloir de la partie la plus vigilante »¹⁰⁸⁸. Comme le relève Aude Fiorini au sujet de l'antécédent de ce dernier texte, « le défaut de règles (uniformes) de conflit de lois ne poserait pas de difficulté particulière si le règlement "Bruxelles II" ne prévoyait qu'un seul ou plusieurs fondements de compétence hiérarchisés et reposant sur des critères de rattachement forts. La sécurité juridique et la prévisibilité seraient assurées, la course au tribunal et le *forum shopping* évités »¹⁰⁸⁹.

217. Les difficultés pratiques suscitées par ces critères alternatifs, en particulier la multiplication des hypothèses de litispendance, sont connues, de même que le sont les critiques doctrinales qui leur ont été adressées¹⁰⁹⁰. La Commission elle-même a reconnu leur réalité, prudemment, et quoiqu'elle l'ait liée à l'absence, au moment de formuler cette concession, de règles uniformes de conflit de lois¹⁰⁹¹. Ainsi, il est permis de s'étonner d'une remarque

RCDIP, 2010, p. 184, note C. BRIÈRE ; *AJ fam.*, 2009, p. 348, obs. A. BOICHÉ ; *RTD eur.*, 2010, p. 430, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *Ibid.*, p. 617, chron. É. PATAUT ; *Ibid.*, p. 769, note P. LAGARDE ; *JDI*, 2010, comm. 4, p. 157, note L. D'AVOUT ; *Europe*, 2009, comm. 389, note L. IDOT ; *Dr. fam.*, 2009, alerte 64, obs. M. BRUGGEMAN ; *Procédures*, 2009, comm. 361, note C. NOURISSAT ; *RJPF*, nov. 2009, p. 16, note M.-C. MEYZEAUD-GARAUD ; *RLDC*, nov. 2009, p. 44, note É. POULIQUEN ; *Gaz. Pal.*, 23 janv. 2010, p. 34, note N. KHENKINE-SONIGO ; *JDE*, 2010, n° 10, p. 306, obs. A. NUYTS, H. BOULARBAH.

¹⁰⁸⁴ En ce sens, voir Lukas RASS-MASSON, *op. cit.*, n° 757, p. 589.

¹⁰⁸⁵ Sur la notion, opposée à celle de *forum shopping malus*, voir Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », *Trav. com. fr. DIP*, 1998-2000, pp. 49-82.

¹⁰⁸⁶ C'est sans doute ce qui a suscité certaines critiques doctrinales. Voir notamment celles qui ont été formulées par Aude FIORINI, « Bruxelles sans Rome : la réticence du Royaume-Uni face à l'harmonisation du droit européen du divorce », in *Droit européen du divorce*, *op. cit.*, pp. 701-728, spéc. p. 721 ; Christian KOHLER, « Libre circulation du divorce ? Observations sur le règlement communautaire concernant les procédures en matière matrimoniale », in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, *op. cit.*, pp. 231-248, spéc. p. 233 ; Johan MEEUSEN, « Instrumentalisation of private international law in the European Union : towards a European conflicts revolution », *European Journal of Migration and Law*, vol. 9, 2007, pp. 287-305.

¹⁰⁸⁷ Le Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce considère le « risque de "ruée vers le tribunal" » comme l'un des « inconvénients » de la situation précédant l'adoption du règlement « Rome III » (p. 3).

¹⁰⁸⁸ Christian KOHLER, *op. cit.*, p. 238.

¹⁰⁸⁹ Aude FIORINI, « Rome III - Choice of law in divorce. Is the Europeanization of family law going too far ? », *International Journal of Law, Policy, and the Family*, vol. 22, 2008, pp. 178-205, spéc. p. 190 : « [t]he absence of (uniform) choice of law rules would not be particularly problematic if the Brussels IIa Regulation contained only one or several hierarchically ordered grounds of jurisdiction based on very strong connecting factors. There would be legal certainty and predictability, no rush to court and no forum shopping » (traduction libre).

¹⁰⁹⁰ Pour un exposé synthétique de ces éléments, voir Estelle GALLANT, *op. cit.*, *loc. cit.*, et, s'agissant de la jurisprudence fournie en matière de litispendance, n°s 221-238.

¹⁰⁹¹ Une modification de l'article 3 du règlement « Bruxelles II bis » avait été proposée par la Commission dans son Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce du 14 mars 2005 (COM(2005) 82

formulée par la Commission dans la proposition de refonte du règlement « Bruxelles II bis »¹⁰⁹². Le défaut de proposition de modification de la composante matrimoniale du règlement « Bruxelles II bis » s'expliquerait par le « peu d'éléments attestant l'existence de problèmes (notamment des statistiques) [...] disponibles à ce stade pour permettre de se faire une idée précise de la nécessité d'intervenir et de l'ampleur des problèmes, et de choisir en connaissance de cause entre les différentes options envisagées »¹⁰⁹³. Conformément à cette affirmation, le règlement « Bruxelles II ter » a maintenu la disposition relative à la compétence internationale des tribunaux en matière de désunion sans lui apporter aucune modification¹⁰⁹⁴. La brièveté de la période qui sépare la rédaction de la proposition de refonte du règlement « Bruxelles II bis » de l'entrée en vigueur du règlement « Rome III » pourrait expliquer cette assertion ; l'uniformisation des règles de conflit de lois étant censée, selon la Commission, régler les difficultés liées à la course au tribunal, son efficacité n'aurait pas encore pu être évaluée. Une telle justification occulterait cependant le constat de ces difficultés opéré par la Commission elle-même pendant cette même période dans son rapport de 2014 sur l'application du règlement « Bruxelles II bis »¹⁰⁹⁵. Dans ce rapport en effet, le lien quasi-exclusif effectué entre uniformisation des règles de conflit de lois et ruée vers le tribunal est, certes, maintenu¹⁰⁹⁶ et les insuffisances consécutives au règlement « Rome III » sont attribuées à son domaine géographique restreint. Mais la Commission admet incidemment que l'uniformisation des règles de conflit de lois n'est pas de nature à limiter *significativement* le *forum shopping*

final) et dans sa 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 (précitée). La Commission a considéré qu'« [e]n l'absence de règles uniformes de conflit de lois, l'existence de plusieurs critères de compétence alternatifs peut entraîner l'application de droits avec lesquels les conjoints ne sont pas nécessairement le plus étroitement liés. [...] Une solution pourrait être de réviser les règles de compétence. Il conviendrait néanmoins d'examiner soigneusement les conséquences d'une telle révision. En effet, une restriction des critères de compétence peut avoir des conséquences négatives en termes de souplesse et d'accès aux tribunaux, sauf si les parties se voient conférer la possibilité de choisir la juridiction compétente » (Livre vert, précité, p. 9. La même vision des causes du *forum shopping* est reproduite dans la proposition précitée, pp. 4-5). La réticence de la Commission à encadrer la règle à rattachements alternatifs est ici perceptible, sauf à adopter une règle plus libérale d'*electio fori*. Du point de vue de la Commission, c'est surtout le défaut de règles de conflit de lois uniformes qui fait naître des difficultés. La proposition d'offrir aux époux une option de compétence en matière de désunion a été rejetée par les États membres durant les négociations qui ont finalement conduit à l'adoption du règlement « Rome III » par un nombre restreint d'États. Elle n'a visiblement pas davantage prospéré ultérieurement, compte tenu du défaut d'originalité du règlement « Bruxelles II ter » en matière matrimoniale.

¹⁰⁹² 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, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte), 30 juin 2016, COM(2016) 411 final.

¹⁰⁹³ Proposition précitée, p. 3.

¹⁰⁹⁴ Article 3 du règlement « Bruxelles II ter ».

¹⁰⁹⁵ Commission européenne, Rapport 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, 15 avril 2014, COM(2014) 225 final.

¹⁰⁹⁶ Rapport précité, p. 5 : « les règles de compétence alternatives (plutôt que hiérarchiques) définies dans le règlement, combinées à l'absence de règles harmonisées sur les conflits de lois dans l'ensemble de l'Union, peuvent inciter un époux à "se ruer vers le tribunal" ».

lorsqu'elle déclare que « [l']introduction de règles harmonisées aurait *réduit* le risque de "ruée" puisque tout tribunal au sein de l'UE aurait été tenu d'appliquer la loi déterminée par des règles communes »¹⁰⁹⁷. Si la Commission insiste sur la démultiplication des hypothèses de *forum shopping* du fait de l'adoption du règlement « Rome III » par un nombre restreint d'États, il est permis de s'interroger sur l'opportunité, si tant est qu'ils le souhaitent à l'avenir, de généraliser à tous les États l'application du règlement « Rome III ». L'extension d'une solution dont il est d'ores et déjà admis qu'elle est limitée, dans une mesure qui croît lorsque l'on prend en compte les différences de règles de procédure et de preuve ne nous paraît présenter que peu d'intérêt. Étant donné que les règles uniformes de conflit de lois en matière matrimoniale ne permettent pas de lutter efficacement contre le *forum shopping*¹⁰⁹⁸, une lutte efficace contre ce phénomène opportuniste aurait pu bénéficier d'une réflexion relative à une reformulation des règles de compétence internationale. L'on ne peut que regretter l'inertie du législateur européen sur ce point.

218. Prévenir l'inconciliabilité des décisions. – Par ailleurs, si cette situation de compétences concurrentes devait déboucher sur une pluralité de décisions rendues dans des États membres distincts, se poserait alors la question de savoir laquelle reconnaître — dans le cas où elles auraient été rendues dans des États membres autres que l'État requis — ou celle du sort la décision rendue dans un État membre en présence d'une autre décision rendue ou d'une procédure en cours dans l'État membre requis. L'expérience réglementaire européenne montre certes qu'un rapprochement des législations étatiques relatives à la compétence internationale directe, même poussé jusqu'à leur uniformisation, ne suffit pas à réduire à néant les risques d'inconciliabilité de décisions rendues dans des États membres différents, et des mécanismes ont ainsi été prévus dès l'origine pour les pallier, l'inconciliabilité étant, à certaines conditions, un motif de refus de reconnaissance ou d'exécution impératif pour le juge requis¹⁰⁹⁹. L'adoption

¹⁰⁹⁷ Tandis que les conséquences sur le *forum shopping* de l'uniformisation des règles de conflit de lois entre un nombre restreint d'États membres sont énoncées dans le corps du rapport, la remarque relative à l'efficacité relative de l'uniformisation des règles de conflit de lois de manière plus générale est formulée en note de bas de page : rapport précité, note 21, p. 5 (c'est nous qui soulignons). Cette répartition est d'autant plus intéressante que l'efficacité relative de l'uniformisation des règles de conflit de lois était pleinement assumée dans le Livre vert de 2005 qui a précédé l'adoption du règlement « Rome III » (Livre vert précité, p. 7).

¹⁰⁹⁸ Voir *infra*, n° 223.

¹⁰⁹⁹ Le caractère impératif des motifs de non-reconnaissance ressort du présent de l'indicatif employé dans les règlements : « La décision n'est pas reconnue [...] » en cas d'inconciliabilité. Voir les articles 15 du règlement « Bruxelles II », 22 et 23 du règlement « Bruxelles II bis », 24 du règlement « Aliments », 40 du règlement « Successions », 37 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », et, pour une formule équivalente (« La reconnaissance d'une décision [...] est refusée »), les articles 38 et 39 du règlement « Bruxelles II ter ». L'appréciation et les conditions de l'inconciliabilité peuvent néanmoins varier en fonction de la matière et de la décision avec laquelle le risque se présente. Ainsi, s'agissant du risque d'inconciliabilité avec une décision rendue dans l'État membre requis, dans la plupart des règlements, la date de cette décision n'est pas pertinente. Mais en matière de responsabilité parentale, elle doit avoir été rendue ultérieurement à la décision à reconnaître ou à exécuter (ce qui s'explique par la nécessité de tenir compte de l'intérêt le plus actuel de l'enfant et justifie que la même solution soit retenue dans le cas d'une inconciliabilité

d'une règle à rattachements hiérarchisés ne supprimerait donc pas ce risque. Mais le but d'une coordination des règles nationales de compétence internationale doit être, à tout le moins, de réduire les cas dans lesquels ces écueils sont susceptibles de survenir.

219. Construction d'une véritable libre circulation des décisions. – En outre, le poids du principe de reconnaissance mutuelle des décisions, et avec lui, l'importance de l'uniformisation des règles de compétence juridictionnelle, se sont progressivement renforcés. En effet, si ce principe a originellement été perçu comme un moyen d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, María López de Tejada relève que l'objectif de l'allègement voire de la suppression des règles relatives à l'*exequatur* est, « désormais, d'assurer l'accès de tous les citoyens à la protection juridictionnelle effective de leurs droits, en leur permettant d'obtenir l'exécution forcée de toute décision judiciaire, de quelque État membre qu'elle émane, *comme s'il s'agissait d'une décision nationale* »¹¹⁰⁰. Le recours à l'uniformisation des règles de compétence internationale est dès lors progressivement conçu en droit de l'Union comme un moyen d'assurer non pas seulement une reconnaissance mutuelle des décisions, mais une véritable « libre circulation » des décisions¹¹⁰¹. Le Conseil européen de Tampere affirme ainsi que « [l]e 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 »¹¹⁰² et que « le renforcement de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et des jugements [... faciliterait] la coopération entre autorités et la protection judiciaire des droits de la personne »¹¹⁰³. Désireuses d'aller plus loin dans le rapprochement des droits nationaux, les institutions européennes ont non seulement considéré que « [l]e 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 États membres aussi facilement qu'il le ferait dans son propre pays »¹¹⁰⁴, mais aussi que l'uniformisation des règles de compétence internationale directe permet à elle seule d'assurer une « confiance mutuelle suffisante, seule

résultant d'une décision rendue dans un autre État membre ou dans un État tiers, selon les articles 15, *litterae c* et *d* du règlement « Bruxelles II » ; 23, *litterae e* et *f* du règlement « Bruxelles II bis » ; 39, *litterae d* et *e* du règlement « Bruxelles II ter ») pour motiver le refus de reconnaissance ou d'exécution. En revanche, dans la plupart des cas, une décision rendue dans un autre État membre ou dans un État tiers doit, pour y faire échec, avoir été rendue avant la décision dont la reconnaissance ou l'exécution est contestée ou demandée.

¹¹⁰⁰ María LÓPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, LGDJ, 2013, 462 p., spéc. n° 7, p. 4 (c'est nous qui soulignons). Sur l'évolution de la réflexion relative à la suppression de l'*exequatur* et la « dimension politique » acquise par « la question de la circulation intra-communautaire » des décisions, voir *op. cit.*, n°s 6-21, pp. 4-21.

¹¹⁰¹ Sur la différence entre les deux objectifs, voir *infra*, n°s 329-338.

¹¹⁰² Conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, 200/1/99, point 2.

¹¹⁰³ Conclusions précitées, point 33.

¹¹⁰⁴ Conclusions précitées, point 5.

susceptible de permettre l'acceptation de cette absence de contrôle »¹¹⁰⁵ du jugement étranger. Ces considérations soulignent que l'action de l'Union en matière de compétence internationale directe ne peut s'envisager en dehors de la « circulation » des décisions pour deux raisons. D'une part, l'uniformisation des règles de compétence internationale participe du rapprochement des droits nationaux, préalable nécessaire à l'instauration d'un régime libéral de circulation des décisions : elle constituerait donc une condition de possibilité d'un tel régime. D'autre part, la libre circulation serait illusoire si elle ne s'accompagnait pas d'un accès à la justice au stade de l'instance directe : l'uniformisation des règles de compétence internationale apparaît ainsi comme une condition d'effectivité de ce régime. À l'objectif d'assurer la « libre circulation » des décisions s'est alors adjoint celui de l'accès à la justice pour légitimer l'adoption de règles de compétence internationale directe uniformes¹¹⁰⁶.

220. Pourtant, outre les caractéristiques de certaines règles de conflit qui neutralisent les objectifs qu'elles sont censées poursuivre, il apparaît que le législateur communautaire n'a pas même envisagé l'uniformisation des règles de compétence directe comme une condition *sine qua non* du régime de « libre circulation » des décisions. En effet, la définition de la notion de « décision » dans les règlements permet de faire bénéficier de ce régime des décisions rendues par le juge d'un État membre qui n'aurait pas fondé sa compétence sur le règlement¹¹⁰⁷. Ceci peut être le cas si le règlement n'était pas applicable au moment où le juge d'origine a statué sur sa compétence ou si le règlement ne permettait pas d'attribuer compétence au juge d'un État

¹¹⁰⁵ Nicole CROCHET, « La force exécutoire en l'absence de procédure harmonisée », in *L'espace judiciaire européen civil et pénal. Regards croisés*, Fabienne Jault-Seseke, Juliette Lelieur, Christian Pigache (dir.), Dalloz, 2009, pp. 109-117, spéc. p. 110.

¹¹⁰⁶ En ce sens, voir notamment le point de vue de la Commission européenne : Monika EKSTRÖM, « Les règles communautaires en matière matrimoniale : du règlement "Bruxelles II bis" à la proposition "Rome III" », *L'Observateur de Bruxelles*, 2007, n° 67, pp. 19-22, spéc. pp. 20-21. Concernant les conjoints résidant dans un État tiers mais qui gardent des liens avec l'État membre de leur nationalité ou de leur ancienne résidence habituelle, voir Fausto POCAR, « Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et la loi applicable au divorce », in *Mélanges en l'honneur de Mariel Révillard*, Defrénois, 2007, pp. 245-252, spéc. p. 249. Voir aussi, s'agissant des objectifs poursuivis par la Cour de justice dans le cadre de l'interprétation des textes uniformisant les règles de compétence internationale directe, Marc FALLON, « La compétence internationale selon le droit judiciaire européen : émergence d'une compétence judiciaire européenne ? », in *Droit processuel et judiciaire européen*, Marcel Storme, Georges de Leval (dir.), La Charte, 2003, pp. 25-62, spéc. p. 45 : « Les objectifs dégagés sont de deux types. D'un côté, sont mis assez naturellement en avant des objectifs de droit proprement judiciaire, que sont la protection juridictionnelle du défendeur, la bonne administration de la justice, et, accessoirement, la protection juridictionnelle du demandeur. D'un autre côté, apparaît la prise en compte d'objectifs proprement communautaires que sont la circulation des jugements, la sécurité juridique et la confiance mutuelle. Il est probable que, lorsque l'occasion se présentera, la Cour de justice ne manquera pas de prendre en compte également lors de la mise en œuvre de ces principes, comme elle l'a fait à propos de la reconnaissance des décisions étrangères, les implications du droit à un procès équitable, élément des droits fondamentaux de la personne consacrés par la Convention européenne de sauvegarde mais repris comme tel parmi les principes généraux du droit communautaire dont la Cour de justice assure le respect. A. Nuyts évoque à cet égard les principes de l'accessibilité du juge, de la légalité de la fixation de la compétence et de la prévisibilité de la compétence ».

¹¹⁰⁷ Sur ce point, s'agissant du règlement « Bruxelles II bis », voir Christelle CHALAS, « Commentaire de l'article 21 du règlement "Bruxelles II bis" », in *Droit européen du divorce*, op. cit., pp. 351-380, spéc. nos 15-18, pp. 358-359.

membre, à défaut de *forum necessitatis* prévu par le texte européen. Ceci peut aussi être le cas si le juge d'un État membre n'applique pas, à tort, ou applique mal le règlement, involontairement ou à dessein. Dans ce dernier cas, la définition de « décision » alliée à la suppression du contrôle de la compétence du juge d'origine conduit à admettre la « circulation » simplifiée de décisions rendues *en violation* d'un règlement. Le règlement « Bruxelles II bis » autorise enfin le jeu de compétences nationales à titre résiduel¹¹⁰⁸, qui peut conduire à des décisions qui bénéficient du système simplifié de reconnaissance et d'exécution alors qu'ici la présomption d'équivalence ne repose pas même sur un rapprochement des règles nationales. Il faut certes noter, avec Estelle Gallant, que ces règles « jouent [...] un rôle subsidiaire "de second degré" [...] en ce sens que l]es règles de compétence de droit international privé commun ne s'appliqueront [...] qu'à la double condition qu'aucune règle de compétence issue du règlement ne trouve à s'appliquer et que le défendeur ne soit pas intégré au sens de l'article 6 »¹¹⁰⁹. Les hypothèses de circulation simplifiée de telles décisions sont donc peu nombreuses. Mais il était loisible au législateur européen d'exclure ces décisions du mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution, s'il avait bien conçu le rapprochement des règles de compétence internationale comme une condition de la confiance mutuelle entre les États membres et donc comme un préalable à l'allègement des procédures de circulation des décisions. Le choix de les inclure dans le champ d'application du règlement semble donc indiquer que la confiance mutuelle n'est pas perçue par les institutions européennes comme un véritable préalable à l'instauration d'un régime de libre circulation des décisions.

b. L'uniformisation des règles de conflit de lois au soutien d'une circulation supposément facilitée des décisions

221. Généralisation du procédé. – À l'heure actuelle, la plupart des questions familiales conflictuelles investies par le droit de l'Union européenne font l'objet d'une uniformisation des règles de conflit de lois. Seules font exception la validité du mariage et la responsabilité parentale, en raison pour l'une des divergences nationales sur la définition du mariage et de la sensibilité politique de la question qui n'ont pas permis d'atteindre un consensus, pour l'autre de la préexistence de la convention de La Haye du 19 octobre 1996 sur la responsabilité parentale et la protection des enfants qui s'applique dans tous les États membres¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁸ Le jeu des compétences nationales à titre résiduel est possible dans ce texte à la fois en matière matrimoniale (article 7) et de responsabilité parentale (article 14) et a été maintenu dans le règlement « Bruxelles II ter », respectivement aux articles 6 et 14 du texte refondu. En revanche, tous les règlements qui ont succédé au règlement « Bruxelles II bis » en matière familiale ont inclus une disposition relative au *forum necessitatis*.

¹¹⁰⁹ Estelle GALLANT, V° « Règlement Bruxelles II bis : compétence, reconnaissance et exécution en matières matrimoniale et de responsabilité parentale », *op. cit.*, n° 121.

¹¹¹⁰ 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. La Convention est entrée en vigueur

222. Analyse critique de sa justification au regard du principe de reconnaissance mutuelle des décisions. – Néanmoins, l'analyse des relations entre l'uniformisation des règles de conflit de lois et le principe de reconnaissance mutuelle des décisions se pose en des termes différents de ceux qui valent s'agissant de l'uniformisation des règles de compétence directe. Si l'objectif poursuivi est effectivement la reconnaissance des décisions au sein de l'espace judiciaire européen, l'uniformisation des règles de conflit de juridictions et particulièrement la suppression, au stade de l'exécution ou de la reconnaissance des décisions, du contrôle de la loi appliquée, procédés dont la nécessité peut elle-même être discutée¹¹¹¹, semblent suffire à l'atteindre¹¹¹². Les règlements européens adoptés en matière familiale véhiculent d'ailleurs une logique qui dissocie de deux manières le règlement des conflits de lois de celui de l'effet des jugements étrangers. D'une part, les règlements « Bruxelles II » et « Bruxelles II bis », adoptés en matière de désunion pour régir les seuls conflits de juridictions avant même que l'uniformisation des règles de conflit de lois a été envisagée, prévoient expressément l'interdiction de refuser la reconnaissance d'une décision en raison d'une disparité entre la loi appliquée et la loi de l'État membre requis¹¹¹³. D'autre part, tous prohibent la révision au fond^{1114 1115}. Les différences relatives à la loi applicable, qu'elles résultent de la désignation d'une loi différente, quelle qu'en soit la cause, ou d'une mise en œuvre différente de la même loi désignée, ne sont donc pas considérées, par le droit de l'effet des jugements étrangers de l'Union, comme un obstacle à la reconnaissance mutuelle des décisions. Ni l'uniformité, ni même la compatibilité des règles de conflit de lois des États membres ne sont appréhendées comme des conditions de la reconnaissance. Il serait alors possible de conclure, avec Vincent Heuzé, que « l'incompatibilité des règles nationales de conflits de lois n'[étant] jamais un obstacle à l'efficacité intracommunautaire des jugements[, il s'ensuivrait] que, par application

dans les États membres de l'Union européenne après le règlement « Bruxelles II bis », dont l'article 61 organise les relations entre ces textes s'agissant de la compétence internationale et de l'effet des jugements.

¹¹¹¹ Sur cette discussion, voir *supra*, n^{os} 212-220, et *infra*, n^{os} 318-325.

¹¹¹² Sur cette interrogation, voir Gwendoline 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 (Aix-en-Provence le 21 décembre 2007), pp. 91-124, spéc. p. 98 ; voir aussi Paul LAGARDE, « L'eupéanisation du droit international privé - Conflit de lois », *EJTN*, 12 p., [en ligne], consulté le 14 octobre 2019. URL : http://www.ejtn.eu/PageFiles/6333/Rapport_Vienne_Lagarde.pdf.

¹¹¹³ Articles 18 du règlement « Bruxelles II », 25 du règlement « Bruxelles II bis ». La disposition a été maintenue à l'article 70 du règlement « Bruxelles II ter ».

¹¹¹⁴ Articles 19 du règlement « Bruxelles II », 26 du règlement « Bruxelles II bis », 71 du règlement « Bruxelles II ter », 42 du règlement « Aliments », 41 du règlement « Successions », 40 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

¹¹¹⁵ Sur ce point, voir aussi Emmanuelle BONIFAY, *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé. Contribution à l'édification d'un espace de liberté, sécurité et justice*, Institut universitaire de Varenne, 2017, xvi-495 p., spéc. n^o 166, pp. 122-123.

des principes de subsidiarité et de proportionnalité, l'Union européenne, désormais, ne devrait plus jamais pouvoir prendre la moindre mesure dans le domaine des conflits de lois »¹¹¹⁶.

223. Relativisation de la justification dans le discours institutionnel. – Les institutions européennes semblent conscientes de cette limite. En invoquant les travaux du Conseil sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions civiles¹¹¹⁷, la Commission soutient que « [l']harmonisation des règles de conflit de lois *facilite* la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires »¹¹¹⁸. À vrai dire, il ne s'agirait ici plus de lever, *stricto sensu*, les obstacles à la circulation intracommunautaire des jugements, d'assurer une condition de *possibilité* de la reconnaissance simplifiée des décisions, mais de garantir plus largement son fonctionnement harmonieux, en luttant contre le *forum shopping* par l'instauration d'une confiance mutuelle entre les États membres.

Il est en effet allégué que l'uniformisation des règles de conflit de lois permettrait aux États membres d'admettre plus facilement la libéralisation des règles en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions en luttant contre le *forum shopping*¹¹¹⁹. Comme le souligne Hugues Fulchiron, « [l']harmonisation des règles de conflit de lois apparaît [...] comme le complément "naturel" de l'harmonisation des règles de conflit de juridictions, dont elle garantit la pleine efficacité, tout en limitant d'éventuels abus »¹¹²⁰. L'uniformisation des règles de conflit de lois priverait donc d'objet toute ruée des parties vers un tribunal si les règles de conflit appliquées étaient identiques. De telles règles auraient pour effet de rendre presque anodine la compétence directe et de rendre le juge requis plus enclin à accepter le caractère libéral des règles de circulation des décisions. Cependant, cet argument doit être relativisé, pour deux raisons. La première tient à certaines règles uniformes de compétence juridictionnelle directe qui tendent à encourager le *forum shopping* que la seule uniformisation des règles de conflit de lois ne prive pas d'intérêt¹¹²¹. La seconde, qui vaut pour tous les règlements concernant les règles de conflit de lois adoptés en matière familiale à l'exception

¹¹¹⁶ Vincent HEUZÉ, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflit de lois », *op. cit.*, n° 10, p. 23.

¹¹¹⁷ Conseil, Projet de programme des mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale, précité, p. 1.

¹¹¹⁸ Commission des Communautés européennes, 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, précité, p. 2. C'est nous qui soulignons. L'argument est aussi invoqué dans les préambules des règlements « Successions », « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » dont les quatrièmes et septièmes considérants indiquent que « [c]e programme décrit les mesures relatives à l'harmonisation des règles de conflits de lois comme des mesures destinées à *faciliter* la reconnaissance mutuelle des décisions ». C'est nous qui soulignons.

¹¹¹⁹ Voir en ce sens Lukas RASS-MASSON, *op. cit.*, nos 751-765, pp. 585-597.

¹¹²⁰ Hugues FULCHIRON, « Vers la communautarisation des règles de conflit de lois en matière de divorce ? », *AJ fam.*, 2005, pp. 390-393, spéc. p. 391.

¹¹²¹ Sur ces points, voir *supra*, nos 216-217.

du règlement « Aliments »¹¹²², réside dans l'adoption de ces textes par le biais de la coopération renforcée, entre un nombre limité d'États membres. Le recours à une telle procédure maintient un intérêt certain pour la course au tribunal.

224. Recours au renforcement de la confiance mutuelle. – Cela étant dit, l'intérêt principal de l'uniformisation du conflit de lois semble résider dans le renforcement de la confiance mutuelle auquel elle conduirait. La Commission européenne, se référant à un programme du Conseil, a pu l'affirmer très directement¹¹²³. La logique qui sous-tend l'adoption de telles règles est la suivante : tandis que la conscience des juges d'origine des États membres d'appliquer les mêmes règles de conflit de lois que leurs homologues européens serait de nature à les rassurer sur la possibilité de voir reconnaître leurs décisions dans les autres États membres, celle des juges requis d'examiner une décision rendue en application de règles de conflit de lois uniformisées tendrait à leur faire admettre plus facilement un allègement du contrôle de la décision dans le cadre d'une instance indirecte. C'est en ce sens qu'il y aurait, en droit international privé de l'Union européenne, une corrélation entre uniformisation des règles de conflit de lois et libéralisation des règles relatives à la circulation des décisions dans l'espace judiciaire européen. Le règlement « Aliments » en constituerait la meilleure illustration, qui fait expressément varier le régime de reconnaissance et d'exécution des décisions en fonction de l'application par l'État d'origine d'une règle de conflit de lois uniforme ou d'une règle de conflit de lois nationale. Dans le premier cas, la décision peut être exécutée dans l'État membre requis sans qu'un *exequatur* soit nécessaire ; dans le second, l'exécution dans l'État requis dépend d'une déclaration constatant la force exécutoire qui peut être demandée par toute partie intéressée. La suppression de l'*exequatur* serait ainsi « subordonnée au fait que les deux États impliqués soient liés par le protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, c'est-à-dire au fait que les deux États impliqués aient une règle de conflit de lois commune, en plus des règles de compétence communes prévues par le règlement »¹¹²⁴.

225. Recherche sous-jacente d'une uniformisation matérielle. – La référence au renforcement de la confiance mutuelle paraît cependant relever du simple prétexte, dissimulant

¹¹²² Le règlement « Successions » n'est pas concerné non plus, mais il a été exclu de ce domaine lors de son adoption.

¹¹²³ Voir, affirmant le rôle de l'uniformisation des règles de conflit de lois à cet égard, Commission européenne, Proposition de décision du Conseil autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes patrimoniaux des couples internationaux, concernant les questions relatives tant aux régimes matrimoniaux qu'aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, 2 mars 2016, COM(2016) 108 final, n° 39, p. 10 : « L'harmonisation des règles de conflit de lois et de compétence facilite la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. En effet, l'application, par les juridictions de différents États membres, aux conflits de compétences et aux conflits de lois, de règles identiques pour la détermination de la juridiction compétente pour connaître d'une affaire et de la loi applicable à ladite affaire, renforce la confiance mutuelle dans les décisions judiciaires rendues dans un État membre ».

¹¹²⁴ Lukas RASS-MASSON, *op. cit.*, n° 752, pp. 586-587.

une volonté de parvenir à l'uniformité des solutions matérielles. Cette visée a d'ailleurs été directement mise en lumière par certains auteurs¹¹²⁵. C'est ce passage d'une poursuite de l'objectif de reconnaissance mutuelle des décisions à celle d'une uniformisation matérielle des solutions au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice qui a été souligné par Paul Lagarde. L'auteur relève en effet que « [s]i le but est *simplement* la reconnaissance mutuelle des décisions, celle-ci est déjà assurée par le fait qu'il n'y a pas de contrôle de la loi appliquée au stade de la reconnaissance et de l'exécution des décisions de justice. Ce qui a été jugé à Vienne en application des règles de conflit autrichiennes est reconnu à Paris, à Prague etc. Certes, mais ce qui a été jugé à Vienne aurait été sans doute jugé différemment si la situation avait été soumise à une juridiction française, tchèque etc. S'il n'y a pas d'unification des règles de conflit de lois, la solution dépendra du tribunal saisi »¹¹²⁶.

À cet égard, d'un strict point de vue finaliste, il nous paraît falloir insister sur le fait que l'uniformité matérielle n'est pas nécessairement de nature à être atteinte par une uniformisation des règles de conflit de lois. Cela peut, d'une part, tenir à la qualité des règles de conflit de lois uniformes. Ainsi, les difficultés de définition des liens les plus étroits dans le jeu de la clause d'exception peuvent par exemple conduire à une hétérogénéité des solutions. Mais, d'autre part, l'hétérogénéité peut survenir en dehors de cette considération pour diverses raisons. Il ne s'agit pas seulement de rappeler que l'application du droit matériel désigné peut être différente d'un juge à l'autre, et *a fortiori* d'un État membre à l'autre. Les divergences auxquelles peut donner lieu l'interprétation des règles de conflit de lois — ainsi, par exemple, de la caractérisation des notions de mariage, divorce, ou de résidence habituelle, facteur de rattachement privilégié — peuvent conduire à l'application de lois différentes d'un État membre à l'autre sur un même fondement. Une interprétation autonome des notions non définies par les textes et qui ne sont pas expressément soumises aux droits nationaux ne permet que difficilement d'y remédier, en raison de la faiblesse de ses fondements substantiels¹¹²⁷. Par ailleurs, même en cas d'accord sur l'interprétation de la règle de conflit, le jeu classique de l'exception d'ordre public international peut aboutir à des solutions matérielles divergentes d'un État membre à l'autre. La contrariété doit certes être manifeste, mais il n'en demeure pas moins qu'en matière familiale, le potentiel

¹¹²⁵ En ce sens, voir *op. cit.*, n° 772, p. 602 : « À 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 ». L'auteur lie directement la différence de solution matérielle à la différence de règle de conflit de lois d'un État membre à l'autre. Nous considérons cependant que la discordance matérielle ne disparaît pas avec l'uniformisation des règles de conflit de lois (voir *infra*, n°s 378-379, 386-424).

¹¹²⁶ Paul LAGARDE, « L'eupéanisation du droit international privé - Conflit de lois », précité, p. 1. C'est nous qui soulignons.

¹¹²⁷ Voir *infra*, n°s 232-238.

d'hétérogénéisation substantielle d'un tel mécanisme ne saurait être négligé, même en cas d'uniformisation des règles de conflit de lois. Enfin, les règles de procédures et de preuve, qui dépendent, entièrement ou partiellement¹¹²⁸ de la loi du for et ne correspondent donc pas nécessairement à la loi applicable au fond, peuvent avoir une influence sur la solution matérielle rendue à l'issue du litige. Quoi qu'il en soit, la recherche de l'uniformité matérielle ne sert pas la reconnaissance des décisions qui ne l'exige pas. L'uniformisation des règles de conflit de lois nous paraît dès lors reposer sur des fondations fragiles de ce point de vue.

2. L'uniformisation des règles de conflit de lois, outil de la disparition des entraves à la libre circulation des personnes

226. Dissociation de l'uniformisation des règles de conflit de lois de la reconnaissance mutuelle des décisions. – En fait de libre circulation des personnes et s'agissant de la matière familiale, c'est la « libre circulation » des décisions qui a, dans un premier temps, dominé l'évolution juridique de l'Union européenne. Il s'est agi, selon la lettre des traités, de mettre en œuvre la coopération *judiciaire* en matière civile. Si ce mouvement se poursuit, les institutions européennes ont également estimé nécessaire d'envisager leur action sur les règles de conflit de lois en dehors du seul cadre de la reconnaissance mutuelle des décisions. Elles semblent, en effet, elles-mêmes admettre, que l'uniformisation des règles de conflit de lois n'est pas requise du point de vue de la libre circulation des décisions, ce qui peut expliquer que la démarche ne soit pas toujours précédée d'une démonstration de l'utilité de l'adoption de telles règles¹¹²⁹.

227. Conflit de lois perçu comme une « entrave ». – Dès lors, c'est l'identification actuelle de la diversité des règles de conflit de lois nationales comme une entrave à la libre circulation des personnes qui justifierait la *nécessité* d'une intervention de l'Union européenne. Ainsi, « [il ne serait] 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

¹¹²⁸ Sur la répartition des domaines respectifs de la loi du for et de la loi applicable au fond en matière de preuve, voir Éric FONGARO, *La loi applicable à la preuve en droit international privé*, LGDJ, 2004, x-354 p. ; Thomas Habu GROUD, *La preuve en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, 422 p. ; André HUET, *Les conflits de lois en matière de preuve*, Dalloz, 1965, vii-395 p. ; Thierry VIGNAL, V° « Preuve », *Répertoire de droit international*, mars 2013.

¹¹²⁹ Voir en particulier, soulignant les fragilités des arguments de la Commission pour adopter des règles de conflit de lois uniformes, Katharina BOELE-WOELKI, « For better or for worse : the Europeanization of international divorce law », *op. cit.*, pp. 7-9.

personnes »¹¹³⁰. Il est d'emblée possible d'opposer à cette remarque le fait que la libre circulation des personnes a nécessairement été conçue comme limitée, l'action de l'Union européenne relevant en la matière d'une compétence partagée et non exclusive. Mais il semble que c'est cette protection que les institutions européennes se sont donnée, fondamentalement, pour but d'assurer au travers de l'uniformisation des règles de conflit de lois.

L'action européenne s'est d'abord manifestée en aval du processus conflictuel : dans un arrêt *Konstantinidis*¹¹³¹, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que le conflit, en matière de translittération du nom, entre les lois d'origine et de résidence de l'intéressé constitue une « gêne » à l'exercice effectif de la liberté d'établissement. Marc Fallon souligne qu'ici « c'est bien le conflit de lois qui génère l'entrave »¹¹³². La Cour a eu l'occasion de réitérer cette solution plus récemment en matière de circulation des personnes dans les arrêts *Garcia Avello*¹¹³³ et *Grunkin-Paul*¹¹³⁴, donnant lieu à une controverse toujours actuelle sur le renouveau de la théorie des droits acquis au travers de la reconnaissance des situations¹¹³⁵.

228. Poursuite autonome de la libre circulation des personnes. – Ces interventions jurisprudentielles demeurent toutefois ponctuelles. Aussi, les institutions européennes ont souhaité prévenir la naissance de telles « entraves » à la libre circulation des personnes en agissant cette fois-ci en amont sur la diversité des règles de conflit de lois, dont il est allégué qu'elle serait à l'origine du phénomène. Elles se sont explicitement fondées, dans ce but, sur la compétence attribuée à l'Union par le droit primaire depuis le traité d'Amsterdam pour uniformiser les règles de conflit de lois au niveau de l'Union européenne. L'uniformisation des règles de conflit de lois est perçue comme le moyen le plus adéquat pour assurer la libre circulation des personnes sur le territoire de l'Union européenne, étant donné que c'est la diversité des règles nationales, substantielles aussi bien que conflictuelles, qui est considérée

¹¹³⁰ Lukas RASS-MASSON, *op. cit.*, n° 366, p. 293.

¹¹³¹ CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis*, aff. C-168/91, *Rec.*, 1993, p. I-1191.

¹¹³² Marc FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la communauté européenne », *RCADI*, vol. 253, 1995, pp. 1-282, spéc. n° 41, p. 87. Voir également Léna GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, LGDJ, 2001, xiv-382 p., spéc. p. 105.

¹¹³³ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, *Rec.*, 2003, p. I-11613 ; *D.*, 2004, p. 1476, note M. AUDIT ; *RTD. civ.*, 2004, p. 62, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.* 2004, p. 559, note A. ILIOPOULOU ; *RCDIP*, 2004, p. 184, note P. LAGARDE.

¹¹³⁴ CJCE, Gr. ch., 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, *Rec.*, 2008, p. I-7639 ; *RCDIP*, 2009, p. 80, note P. LAGARDE ; *JDI*, 2009, comm. 7, p. 203, note L. D'AVOUT.

¹¹³⁵ Voir notamment Paul LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, 235 p. ; du même auteur, « La reconnaissance mode d'emploi », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, pp. 481-501 ; Pierre MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 547-573 ; Étienne PATAUT, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Trav. com. fr. DIP*, 2006-2008, pp. 71-97 ; Gian Paolo ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité : développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP*, 2006, pp. 457-519. Voir *infra*, n°s 276-297.

comme source d'insécurité juridique et de manque de prévisibilité pour les intéressées, et qui les découragerait d'exercer leur liberté de circulation.

Cela ressort très nettement du préambule du règlement « Rome III », qui ne mentionne aucune fois la libre circulation des décisions. Certes, le texte a été adopté indépendamment d'une réforme du droit des conflits de juridictions. Mais, d'une part, il est supposé en être le complément et, d'autre part, son adoption est censée être subordonnée à son utilité pour la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle des décisions et a été présentée par la Commission même comme un instrument de lutte contre le *forum shopping* et donc de mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions¹¹³⁶. Or, si, de manière traditionnelle, le premier considérant du règlement fait référence à la libre circulation des personnes, et si le suivant mentionne l'article 81 TFUE et les mesures « favorisant la compatibilité des règles de conflit de lois », la reconnaissance mutuelle des décisions n'est jamais évoquée. Le lien n'est fait avec le règlement « Bruxelles II *bis* » que pour expliquer la tentative avortée de modification de ce dernier texte, ayant conduit au recours à la procédure de coopération renforcée, et pour souligner un champ d'application matériel cohérent des deux textes, réserve faite de l'annulation du mariage. Au-delà, c'est la diversité des règles de conflit en elle-même et ses conséquences identifiées sur la libre circulation des personnes qui font l'objet de l'attention du législateur européen : l'uniformisation des règles de conflit a pour objectif d'« *[a]ccroître la mobilité des citoyens* »¹¹³⁷, sans plus de précision. Ainsi, un nouveau glissement sémantique s'opère, dont les conséquences se mesurent directement au niveau des règles de conflit adoptées : la reconnaissance mutuelle des décisions, souvent comprise comme une « libre circulation » des décisions¹¹³⁸, laisse ici place à la libre circulation des personnes, puis à l'accroissement de la mobilité des personnes.

229. Relativisation de la réalité de l'entrave. – Pourtant, il semble que l'appréciation de la réalité de l'entrave appelle à une certaine prudence. S'agissant de la *constitution d'une situation juridique*¹¹³⁹ en effet, il est possible de s'interroger sur l'influence que pourrait exercer la libre circulation des personnes sur les règles de conflit de lois.

¹¹³⁶ Sur cet argument invoqué par la Commission, voir *supra*, n° 216.

¹¹³⁷ Considérant 15 du règlement « Rome III ».

¹¹³⁸ Voir *supra*, n° 219.

¹¹³⁹ Voir en ce sens, Hélène GAUDEMET-TALLON, « De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 180. L'auteure distingue cette hypothèse de celle de la reconnaissance d'une situation valablement constituée à l'étranger. Selon elle, « [i]l est certain que la non-reconnaissance d'un jugement intervenu en matière familiale, ou d'un acte notarié, ou d'un acte d'état civil d'un État membre à un autre peut constituer pour les personnes physiques une entrave à la liberté de circulation, d'établissement, ou même de prestation de services. Le national d'un État A qui a divorcé hésitera à venir s'établir dans un État B s'il sait qu'il aura beaucoup de mal à faire reconnaître son divorce, et donc éventuellement à se remarier. Un couple qui aura adopté un enfant dans un État B hésitera à se fixer dans un État C s'il craint que cette adoption puisse être remise en question. Un retraité d'un État D, ayant déposé un testament chez un notaire dans son pays d'origine, viendra-t-il passer ses derniers jours dans un État E s'il craint qu'alors le testament ne soit pas

D'une part, en matière de *création du lien familial*, l'influence du droit de l'Union est nécessairement très limitée puisque ce dernier protège la compétence nationale des États membres¹¹⁴⁰ par des dispositions du droit primaire¹¹⁴¹ comme par des textes de droit dérivé¹¹⁴². Les questions préalables d'état des personnes sont ainsi systématiquement exclues du domaine des règlements¹¹⁴³. Dans la mesure où c'est le droit de l'Union même qui concède cette place aux droits nationaux, il est difficile d'appréhender les règles de conflit de lois internes comme des mesures nationales allant à l'encontre d'un droit consenti par les traités. Du point de vue du droit de l'Union européenne, et si l'on s'efforce d'en assurer la cohérence, la diversité des règles conflictuelles et substantielles nationales paraît plutôt, en tant qu'elle est garantie par le droit supranational, devoir être analysée comme l'une des « limitations [...] prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application » au sens de l'article 21 § 1 TFUE, plutôt que comme une entrave à la liberté de circulation.

D'autre part, s'agissant des *effets des situations familiales*, seuls compris dans le domaine des règlements, il semble qu'invoquer la sécurité juridique ne saurait démontrer la nécessité d'adopter des règles de conflit de lois uniformes : si le citoyen européen peut présumer que sa situation sera reconnue une fois constituée, il ne peut légitimement s'attendre à ce qu'elle soit

respecté ? » (*op. cit.*, p. 168). L'auteur semble cependant admettre une limite à la lutte contre l'entrave, puisqu'elle déduit de ses constatations la nécessité de « facilit[er] au maximum » la reconnaissance des actes en matière personnelle et familiale (*Ibid.*). Il en va de même de Paul Lagarde qui considère que « [l]a nécessité de règles communes de conflit de lois est moins pressante dans les situations faisant accéder les personnes à un certain statut, constitué pour une durée illimitée. L'important est que ce statut, une fois créé, ne soit pas remis en cause lors des déplacements de la personne concernée, au motif qu'il n'aurait pas été créé selon la loi qui aurait été compétente selon le droit international privé de l'État de reconnaissance » : Paul LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RebelsZ*, 2004, n° 2, pp. 225-243, spéc. p. 231 (c'est nous qui soulignons). C'est donc la pertinence d'un contrôle de la loi appliquée au stade de l'instance indirecte que l'auteur conteste, ce qui conduit incidemment à admettre la possibilité de refuser la reconnaissance pour d'autres motifs. Il nous paraît cependant que malgré ces limites, l'approche du droit conflictuel principalement en termes de liberté et d'entrave est contestable. Sur le caractère suffisant de l'adoption de règles favorisant la circulation des décisions et l'inutilité de l'adoption de règles de conflit de lois uniformisées, voir également Hélène GAUDEMET-TALLON, « Incertaines familles, incertaines frontières : quel droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Mariel Révillard*, Deffrénois, 2007, pp. 147-168 ; Solange VIGAND, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, *op. cit.*, p. 72 et p. 109 : « seule l'unité des règles de compétence des autorités et de libre circulation des décisions est nécessaire à la réalisation des objectifs communautaires. L'unité des règles de conflit de lois se révèle, quant à elle, inutile » et constitue « [u]ne atteinte injustifiée aux particularismes nationaux ».

¹¹⁴⁰ Sur ce point, voir Lilia AÏT AHMED, « Familles et frontières - La circulation du statut familial à l'épreuve du mariage homosexuel et de la gestation pour autrui », in *État(s) des frontières*, Étienne Pataut (dir.), Pedone, 2017, pp. 103-122.

¹¹⁴¹ Article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ». C'est nous qui soulignons.

¹¹⁴² Article 13 du règlement « Rome III » : « Aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un État 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 » ; article 22 du règlement « Aliments », précité.

¹¹⁴³ Articles 1 § 2 des règlements « Rome III », « Successions », « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » et du protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

constituée partout de la même manière. Bien que les attentes soient inévitablement plus grandes dans un espace intégré que dans un cadre interétatique classique, en l'état de l'intégration et compte tenu du maintien des spécificités nationales en matière familiale, il n'est pas légitime de s'attendre à ce que le statut familial puisse être constitué partout de la même manière et il n'est pas démontré que de telles attentes existent. Gwendoline Lardeux illustre cet argument par référence au règlement « Rome III » alors en cours d'élaboration : « [i]l ne s'agit plus [...] d'assurer la continuité des situations juridiques par le respect des situations acquises dans un autre État membre mais de créer une situation nouvelle en prononçant un divorce. La liberté de circulation des personnes n'est alors en rien entravée par les distorsions de règles de conflit de lois en la matière, sauf à penser que la liberté de circulation transfrontière implique également celle de circulation "transpersonnelle"... »¹¹⁴⁴. Cette remarque peut être transposée à l'ensemble des questions prises en charge par le droit international privé de la famille de l'Union : à l'octroi d'aliments, à la liquidation d'un régime matrimonial, à la décision relative aux effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré, au partage successoral.

230. Conclusion. – Transition. – Dès lors, l'uniformisation des règles de conflit de lois paraît dépourvue de réelle justification, alors même que son incidence sur le droit de la famille est tangible puisque, comme le souligne Myriam Hunter-Hénin, « [f]ace au dogme du libre-échange, la logique spécifique du droit de la famille et des personnes se présentera le plus souvent comme un obstacle néfaste à la liberté de circulation et sera combattue »¹¹⁴⁵. Il est finalement permis de se demander si l'intérêt de l'uniformisation des règles de conflit de lois ne réside pas principalement dans ce « lissage » des spécificités nationales, dans le cadre d'une uniformisation matérielle qui se dégage progressivement, et toutefois sans fondement, du droit international privé de la famille de l'Union européenne.

B. Une uniformisation progressive des notions matérielles

231. Plan. – C'est d'abord par la voie, devenue classique, de l'interprétation autonome que se dessinent progressivement des notions matérielles (1). Mais au-delà de ce procédé, des considérations matérielles se dégagent des règlements adoptés, révélateurs d'une certaine politique législative européenne en matière familiale (2).

¹¹⁴⁴ Gwendoline LARDEUX, « L'introduction de règles de conflit de lois », *op. cit.*, p. 99.

¹¹⁴⁵ Myriam HUNTER-HÉNIN, *op. cit.*, p. 29.

1. *L'interprétation autonome au service de la construction de l'ordre juridique européen*

232. Une démarche de principe. – L'interprétation autonome représente, avec le renvoi aux droits nationaux, l'une des branches de l'alternative relative à l'interprétation des notions du droit de l'Union européenne. Cette technique semble avoir été très tôt associée à la construction juridique de l'organisation intégrée : la Cour de justice des Communautés européennes y a eu recours pour la première fois dans l'arrêt *Unger* rendu le 19 mars 1964¹¹⁴⁶ dans lequel elle esquisse, au sujet de la notion de « travailleur salarié ou assimilé » figurant dans un règlement européen, la démarche qu'elle explicitera par la suite. Celle-ci repose sur deux idées majeures. D'une part, l'autonomie d'une notion dépend de la portée de la disposition qui la contient, portée déterminée par le but du texte, sans que soit requise l'existence d'une définition uniforme de cette notion qu'il faudrait expliciter¹¹⁴⁷. D'autre part, il convient de rechercher dans les textes s'ils ont laissé aux droits nationaux le soin de définir une notion. La Cour fait preuve de beaucoup plus d'aplomb quelques années plus tard lorsqu'elle affirme, dans l'arrêt *Hagen*¹¹⁴⁸, que « sauf renvoi, explicite ou implicite, au droit national, les notions juridiques utilisées par le droit communautaire doivent être interprétées et appliquées de façon uniforme dans l'ensemble de la Communauté ». L'interprétation autonome est donc le principe, le renvoi aux droits nationaux, l'exception. Cela ne se dément pas en droit international privé depuis l'arrêt *Eurocontrol*¹¹⁴⁹, acte de naissance de la première notion autonome en la matière — celle de « matière civile et commerciale »¹¹⁵⁰ ; quoique le caractère intergouvernemental de la Convention de Bruxelles ait d'abord incité la Cour à une plus grande prudence que dans les domaines communautaires¹¹⁵¹, le droit international privé constitue le domaine privilégié

¹¹⁴⁶ CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, aff. 75/63, *Rec.*, 1964, p. 347. La Cour de justice des Communautés européennes a eu à se prononcer sur la définition de la notion de « travailleur salarié ou assimilé » au sens de l'article 19 § 1 du règlement n° 3 du Conseil de la CEE portant sécurité sociale des travailleurs migrants (JOCE, n° 30, 16 décembre 1958, p. 561/58). La Cour constate que la disposition en question a été adoptée sur le fondement de l'article 51 du Traité CEE qui prévoit l'adoption « dans le domaine de la sécurité sociale [d]es mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs ». Dès lors, le but principal de ce texte confère au terme en cause, d'après la Cour, une « portée communautaire », qui nécessite de le soustraire au droit interne.

¹¹⁴⁷ Sur ce point et sa critique, voir Benjamin RÉMY, « Techniques interprétatives et système de droit », *RGDIP*, 2011, n° 2, pp. 329-347.

¹¹⁴⁸ CJCE, 1^{er} février 1972, *Hagen OGH*, aff. 49/71, *Rec.*, 1972, p. 23, spéc. point 6.

¹¹⁴⁹ CJCE, 14 octobre 1976, *Eurocontrol*, aff. 29/76, *Rec.*, 1976, p. 1541 ; *RCDIP*, 1977, p. 776, note G. A. L. DROZ ; *JDI*, 1977, p. 707, note A. HUET ; *CDE*, 1977, p. 146, note P. LELEUX.

¹¹⁵⁰ Sur cette évolution, voir François MAILHÉ, « Entre Icare et Minotaure, les notions autonomes de droit international privé de l'Union », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, Madrid, LGDJ, Iprolex, 2018, pp. 1137-1164, spéc. nos 6-7, pp. 1139-1140. Voir également Lucie CHARBONNEAU, « Notions autonomes et intégration européenne », *CDE*, 2013, pp. 21-75, spéc. nos 1-2, pp. 21-22.

¹¹⁵¹ S'agissant de l'interprétation autonome ou du renvoi aux droits nationaux, la Cour affirme dès l'arrêt *Tessili* (CJCE, 6 octobre 1976, *Tessili*, aff. 12-76, *Rec.*, 1976, p. 1473 ; *D.*, 1977, p. 616, 1^{ère} espèce, note G. A. L. DROZ ; *RCDIP*, 1977, p. 751, 1^{ère} espèce, note P. GOTHOT, D. HOLLEAUX ; *JDI*, 1977, p. 714, obs. A. HUET) « qu'aucune de ces deux options ne s'impose à l'exclusion de l'autre, le choix approprié ne pouvant être dégagé qu'à propos de chacune des dispositions de la Convention, de façon toutefois à assurer à celle-ci sa pleine efficacité dans la

d'émergence de notions autonomes¹¹⁵². La technique interprétative déployée par la Cour de justice dans le cadre de la Convention de Bruxelles puis du règlement « Bruxelles I » est donc tout particulièrement digne d'attention.

233. Volonté d'application uniforme du droit de l'Union. – En soustrayant aux juges nationaux la possibilité d'interpréter, en considération de leur système juridique interne, une notion qu'elle aura qualifiée d'autonome, la Cour de justice affirme à la fois sa compétence exclusive afin de déterminer le caractère autonome d'une notion et son interprétation, et la modification du référentiel d'interprétation de notions de droit civil connues des droits nationaux¹¹⁵³. Ici comme là, c'est la nécessité d'application uniforme du droit de l'Union européenne qui est invoquée pour justifier l'autonomie de principe de l'interprétation des notions figurant dans les textes de droit dérivé. En effet, il est bien connu des diverses tentatives d'uniformisation du droit que, en raison des conceptions matérielles distinctes d'un ordre juridique à l'autre, l'identité de règles en leur sein ne suffit pas à assurer l'uniformité des solutions¹¹⁵⁴. Ainsi, un illustre internationaliste a eu l'occasion d'affirmer, bien avant l'avènement de l'Union européenne, que

« [p]our parvenir à un règlement identique de cas identiques, il faudrait que les différents législateurs, en s'accordant pour l'adoption de règles uniformes du droit international privé, puissent s'accorder aussi pour l'adoption de principes uniformes relativement à l'interprétation de telles règles. C'est-à-dire qu'ils puissent déterminer expressément une signification et une portée uniques pour les expressions techniques que les règles de rattachement emploient dans la désignation des rapports qu'elles envisagent. Si une telle démonstration expresse fait défaut, il est évident que même dans l'interprétation des règles du droit international privé qui forment l'objet d'une convention internationale, la règle de la compétence de la *lex fori* en matière de qualifications garde toute sa valeur. De sorte que, dans chaque ordre juridique dans lequel on insère une règle adoptée dans une convention internationale, cette règle

perspective des objectifs de l'article 220 du traité » (point 11). L'arrêt *Eurocontrol* (précité, point 3) indique indirectement que les deux options ont été envisagées pour interpréter la notion de « matière civile et commerciale » figurant à l'article 1 de la Convention de Bruxelles : « cet article servant à indiquer le champ d'application de la Convention, il importe – en vue d'assurer, dans la mesure du possible, l'égalité et l'uniformité des droits et obligations qui découlent de celle-ci pour les États contractant et les personnes intéressées – de ne pas interpréter les termes de cette disposition comme un simple renvoi au droit interne de l'un ou de l'autre des États concernés ».

¹¹⁵² En ce sens, voir Mathias AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI*, 2004, n° 3, pp. 789-816, spéc. n° 4, p. 791 ; Lucie CHARBONNEAU, *op. cit.*, n° 65, p. 46 ; François MAILHÉ, *op. cit.*, n° 7, p. 1140.

¹¹⁵³ Sur le phénomène d'« amphibologie des concepts » provoqué, voir Mathias AUDIT, *op. cit.*, n° 1, p. 790.

¹¹⁵⁴ Roberto AGO, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, vol. 58, 1936, pp. 243-469, spéc. n° 17, p. 341.

acquiert une signification et une portée propre et différente de celles qu'elle acquiert dans d'autres ordres juridiques »¹¹⁵⁵.

La Cour de justice ayant fait sien ce constat et l'objectif d'uniformité du droit étant particulièrement important dans l'ordre juridique de l'Union européenne en construction¹¹⁵⁶, le terrain est éminemment favorable au développement de l'interprétation autonome. Comme l'explique Anne Marmisse-d'Abbadie d'Arrast, « [l]a technique des définitions autonomes a été développée par la Cour pour assurer au système de la Convention de Bruxelles une unité et une cohérence d'ensemble des dispositions au sein des divers États concernés »¹¹⁵⁷. Du point de vue du droit objectif, l'interprétation autonome est en effet perçue comme un outil de la construction de l'espace judiciaire européen uniforme¹¹⁵⁸, et doit permettre à ce titre d'éviter les divergences susceptibles de naître des différentes interprétations nationales¹¹⁵⁹ qui pourraient conduire, d'un point de vue de droit subjectif, à des comportements opportunistes et favoriser le *forum shopping*¹¹⁶⁰. Dans cette optique, « [l]'idée générale, systématisée à la faveur de l'arrêt *Bertrand*, est de doter un concept "d'un contenu matériel uniforme" qui soit "rattaché à l'ordre communautaire" »¹¹⁶¹.

234. Rôle institutionnel de la Cour de justice. – Le rôle de la Cour de justice, au travers du renvoi préjudiciel en interprétation, est ainsi déterminant, alors même qu'il peut sembler *a priori* dépendre largement de la bonne volonté des juges nationaux. La lettre des traités prévoyant en effet que la Cour « statue [...] à titre préjudiciel, à la demande des juridictions nationales, sur l'interprétation du droit de l'Union »¹¹⁶², et un système de subsidiarité juridictionnelle¹¹⁶³ ayant été mis en place¹¹⁶⁴ qui fait du juge national le juge de droit commun

¹¹⁵⁵ *Op. cit.*, n° 17, pp. 341-342.

¹¹⁵⁶ Jean-Sylvestre BERGÉ, Delphine PORCHERON, Gustavo VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, V° « Droit international privé et droit de l'Union européenne », *Répertoire de droit européen* , Dalloz, avril 2017, n° 40.

¹¹⁵⁷ Anne MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, « Qualification et concepts autonomes dans l'élaboration d'un code européen de droit international privé », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Marc Fallon, Paul Lagarde, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2011, pp. 319-326, spéc. p. 321.

¹¹⁵⁸ Voir notamment Mathias AUDIT, *op. cit.*, n° 27, p. 801 ; Stefania BARIATTI, Étienne PATAUT, « Codification et théorie générale du droit international privé », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, *op. cit.*, pp. 337-361, spéc. p. 340.

¹¹⁵⁹ Sur ce risque et son lien avec l'obligation faite aux juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours en droit interne de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en interprétation du droit de l'Union en cas de difficulté sérieuse, voir l'arrêt CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 283/81, *Rec.*, 1982, p. 3415, spéc. point 21 ; *RTD eur.*, 1983, p. 159, note R. LAGRANGE ; *RM CUE*, 1983, p. 363, note J.-M. MASCLÉ.

¹¹⁶⁰ En ce sens, voir Mathias AUDIT, *op. cit.*, n° 12, pp. 796-797.

¹¹⁶¹ Anne MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹⁶² Article 19 § 3, *littera b* TUE. C'est nous qui soulignons.

¹¹⁶³ Sur cette notion, voir Julie DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *Droit et société*, 2012/1, n° 80, pp. 47-71 ; Denys SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *RAE*, 1998, n°s 1-2, pp. 84-94.

¹¹⁶⁴ Ce système ne résulte pas de la lettre des traités mais a été considéré comme inhérent au système juridictionnel mis en place : Julie DUPONT-LASSALLE, *op. cit.*, p. 48. Sur le rôle des juges nationaux en tant que juges de l'Union

du droit de l'Union européenne, un risque existe que la Cour ne soit pas saisie en présence d'une difficulté réelle d'interprétation du droit de l'Union. Cependant, l'article 267 TFUE¹¹⁶⁵ encadre en ce domaine la marge de manœuvre des juges nationaux, en prévoyant, à la charge de toute juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours interne, l'obligation de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en interprétation lorsqu'une telle question est soulevée au cours de l'instance, « à moins [que la juridiction nationale] n'ait constaté que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable »¹¹⁶⁶. Les juridictions nationales dont les décisions sont susceptibles de recours interne n'ont, certes, que la faculté de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle, mais cette solution constitue un compromis, à la fois du point de vue du volume du contentieux qui serait soumis à la Cour de justice à défaut, et en ce qui concerne la nécessaire implication, dans une démarche d'intégration, des juges nationaux dans l'application du droit de l'Union européenne¹¹⁶⁷. En définitive, il apparaît que la menace que le caractère facultatif du renvoi fait peser sur l'intégration reste virtuelle¹¹⁶⁸.

Dans un tel contexte, l'interprétation autonome constitue un outil de choix de la consolidation d'un ordre juridique cohérent y compris d'un point de vue institutionnel, puisqu'elle contribue à réduire la marge de manœuvre des États : « [c]eux-ci sont en effet contraints, une fois l'interprétation autonome utilisée, de donner une interprétation conforme. Mieux encore, lorsque le juge de l'Union n'a pas encore disposé de sa capacité à autonomiser une notion, l'interprétation du juge interne n'est valide que sous réserve de l'interprétation future de la Cour »¹¹⁶⁹. Finalement, il apparaît que « [l]es notions autonomes, dans la mesure où elles lui octroient une grande marge de manœuvre dans la définition des termes, lui permettent de poursuivre au mieux les buts de l'Union. Elles rendent ainsi la Cour "maître" du Traité et facilitent la promotion du droit de l'Union européenne »¹¹⁷⁰, ce que renforce le

européenne de droit commun, voir Ami BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, th. dactyl., Strasbourg, Université Robert Schuman, 1983, 612 p. ; Olivier DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz, 2001, 1015 p.

¹¹⁶⁵ Ex-article 234 TCE, ex-article 177 TCE/TCEE.

¹¹⁶⁶ CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, précité, point 21.

¹¹⁶⁷ Sur ce point, voir notamment Sébastien MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, xxii-878 p., spéc. n° 178, p. 222 : « le juge national exécutera d'autant mieux la sentence de la Cour qu'il en est généralement à l'origine, par la question qu'il lui a posée en vue de résoudre un litige dont la solution lui apparaissait conditionnée par l'interprétation du droit communautaire ». Voir aussi Julie DUPONT-LASSALLE, *op. cit.*, pp. 68-70.

¹¹⁶⁸ Le qualificatif est emprunté à Julie DUPONT-LASSALLE, *op. cit.*, p. 49.

¹¹⁶⁹ Lucie CHARBONNEAU, *op. cit.*, n° 99, p. 59.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*

caractère synchrétique des catégories du droit de l'Union européenne qui favorise leur extension par l'interprétation¹¹⁷¹.

Pourtant, la pertinence d'une telle démarche interroge au regard des difficultés que présente l'interprétation uniforme par voie préjudicielle des notions en matière familiale du point de vue de la sécurité juridique assurée. En effet, tant que la Cour n'a pas statué sur la question qui lui a été posée, cette voie crée une insécurité juridique qui peut se maintenir d'autant plus longtemps que la procédure accélérée et la procédure d'urgence dans le cadre desquelles la Cour peut être saisie ne peuvent être mises en œuvre que « lorsque la nature de l'affaire exige son traitement dans de brefs délais »¹¹⁷² pour la première, et, ainsi que le nom de la procédure le laisse entrevoir, qu'en cas d'urgence pour la seconde¹¹⁷³. Par ailleurs, la Cour de justice a certes tranché en partie, avant que la solution soit intégrée à l'article 267 TFUE, le débat relatif à l'autorité de ses interprétations. Elle a en effet considéré, d'une part, que cette dernière conduit à supprimer l'*obligation* qui incombe aux juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours de saisir la Cour « quand la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue »¹¹⁷⁴. D'autre part, la Cour déduit de l'application uniforme du droit communautaire dont elle est la garante « qu'un arrêt par lequel la Cour statue à titre préjudiciel sur l'interprétation ou la validité d'un acte pris par une institution de la Communauté tranche, avec l'autorité de la chose jugée, une ou plusieurs questions de droit communautaire et lie le juge national pour la solution du litige au principal »¹¹⁷⁵. Dans l'un et l'autre cas cependant, la Cour conserve aux juges nationaux la liberté de la saisir à nouveau d'une question relative à l'interprétation de la même disposition du droit de l'Union¹¹⁷⁶. La Cour anticipe ainsi une

¹¹⁷¹ Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *op. cit.*, n° 113, p. 168 : « Ces trois types de rapports entre règle générale et règles spéciales peuvent avoir des effets au niveau de l'interprétation, comme on le verra ci-après. L'intégration des lacunes ou la solution des contradictions normatives ne peut pas s'appuyer, en effet, sur le même "référént herméneutique" si la règle spéciale n'est qu'un développement de la règle générale, si elle possède sa propre logique normative contraire à celle de la règle générale ou, enfin, s'il s'agit d'une règle spéciale en dehors de la catégorie juridique de celle-ci ».

¹¹⁷² Article 105 § 1 du règlement de procédure de la Cour de justice du 25 septembre 2012 (JOUE, n° L 265/1, 29 septembre 2012), tel que modifié le 18 juin 2013 (JOUE, n° L 173/65, 26 juin 2013), le 19 juillet 2016 (JOUE, n° L 217/69 du 12 août 2016), le 9 avril 2019 (JOUE, n° L 111/73 du 25 avril 2019) et le 26 novembre 2019 (JOUE, n° L 316/103 du 06 décembre 2019).

¹¹⁷³ Article 107 du règlement de procédure de la Cour de justice, précité.

¹¹⁷⁴ CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa en Schaake*, aff. jointes 28 à 30/62, *Rec.*, 1963, p. 61, spéc. p. 76.

¹¹⁷⁵ CJCE, ord., 5 mars 1986, *Wünsche*, aff. 69/85, *Rec.*, 1986, p. 947, spéc. point 13. Voir, contestant l'emploi de la notion d'autorité de chose jugée s'agissant des arrêts en interprétation rendus à titre préjudiciel, Jean BOULOUIS, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, t. I, LGDJ, 1974, pp. 149-162. Pour une analyse critique de cette position doctrinale, voir Araceli TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 581 p., spéc. pp. 375-431.

¹¹⁷⁶ CJCE, 23 mars 1963, *Da Costa en Schaake*, précité, *loc. cit.* ; CJCE, ord., 5 mars 1986, *Wünsche*, précité, point 15.

éventuelle modification de l'interprétation qu'elle retient d'une même notion du droit de l'Union, et donc un revirement de jurisprudence. L'insécurité juridique qui en résulterait paraît d'autant moins acceptable que le titre que la Cour s'octroie pour uniformiser les notions matérielles en droit de la famille nous semble hautement contestable. L'exemple du revirement récemment intervenu, dans le cadre de deux arrêts¹¹⁷⁷, concernant la notion de « matière contractuelle » au sens du conflit de juridictions n'est pourtant pas de nature à rassurer, tant il confirme l'habitude adoptée par la Cour de dissimuler ses revirements sous le vernis d'une « fausse continuité »¹¹⁷⁸ et souligne l'incertitude qui peut particulièrement entourer la portée de ses arrêts de revirement. Ceux-ci nécessitent dès lors d'être ultérieurement précisés et laissent, dans l'intervalle, dans l'expectative. Le silence gardé par la Cour sur ces inconvénients ne surprend guère, cependant, eu égard à l'importance qu'elle accorde à l'interprétation autonome dans la construction de l'ordre juridique européen.

235. Démarche interprétative. – Au-delà de la cohérence institutionnelle de l'Union qu'elle favoriserait, l'interprétation autonome participe du relâchement des liens entre une situation juridique donnée et les ordres juridiques nationaux. Cela ressort à la fois de la volonté, dont résulte une consolidation progressive de l'ordre juridique européen, de conférer un sens uniforme autonome aux notions employées par les textes de droit dérivé et qui ont des équivalents nationaux¹¹⁷⁹, et de la méthode d'interprétation mise en œuvre. Alors, en effet, que la qualification traditionnellement nécessaire à l'identification de la règle de conflit applicable

¹¹⁷⁷ En matière de sous-contrat de transport puis d'action paulienne, la Cour de justice, revenant sur la définition qu'elle en avait donnée dans l'arrêt *Jakob Handte* selon laquelle relevait de la matière contractuelle tout « engagement librement assumé d'une partie envers une autre » (CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Rec.*, 1992, p. I-3967, point 15 ; *RCDIP*, 1992, p. 726, note H. GAUDEMET-TALLON ; *RTD civ.*, 1993, p. 131, obs. P. JOURDAIN ; *RTD eur.*, 1992, p. 709, note P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES ; *JDI*, 1993, p. 469, obs. J.-M. BISCHOFF ; *JCP G*, 1992, II, 21927, note C. LARROUMET ; *Ibid.*, 1993, I, 3644, n° 1, obs. G. VINEY ; *JCP E*, 1992, p. 363, note P. JOURDAIN), indique que la notion de matière contractuelle « présuppose [...] l'existence d'une obligation juridique librement consentie par une personne à l'égard d'une autre et sur laquelle se fonde l'action du demandeur » : CJUE, 7 mars 2018, *Flightright*, aff. jointes C-274/16, C-447/16 et C-448/16, point 60 ; *D.*, 2018, p. 1366, note P. DUPONT, G. POISSONNIER ; *ibid.*, p. 1934, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE ; *RTD com.*, 2018, p. 518, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *RDC*, 2019, p. 85, obs. B. HAFTEL ; CJUE, 4 octobre 2018, *Feniks*, aff. C-337/17, point 39 ; *D.*, 2019, p. 516, note F. JAULT-SESEKE ; *Ibid.*, p. 1016, obs. S. CLAVEL, F. JAULT-SESEKE ; *Ibid.*, p. 1956, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE, É. FARNOUX ; *AJ contrat*, 2018, p. 537, obs. C. NOURISSAT ; *RTD com.*, 2019, p. 256, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *JDI*, 2019, chron. 9, obs. J.-S. QUÉGUINER ; *Europe*, 2018, comm. 495, obs. L. IDOT ; *RDC*, 2019, p. 53, obs. R. LIBCHABER ; *Ibid.*, p. 85, obs. B. HAFTEL ; *Gaz. Pal.*, 19 février 2019, p. 77, obs. C. KLEINER. La notion est dès lors étendue au moins à certaines hypothèses impliquant l'un des cocontractants et un tiers au contrat.

¹¹⁷⁸ B. HAFTEL, observations précitées, p. 85.

¹¹⁷⁹ Voir en particulier Lucie CHARBONNEAU, *op. cit.*, n° 76, pp. 50-51 : « Le développement de notions autonomes permet d'abord une limitation de l'autonomie procédurale et institutionnelle des États en restreignant le pouvoir d'interprétation des juges internes. En outre, elles ont un impact important sur la préservation de l'autonomie du système juridique de l'Union européenne et sur la normativité de ses dispositions législatives. En effet, elles assurent l'effectivité de la prééminence du droit de l'Union sur le droit interne en empêchant les États membres de développer des interprétations différentes des dispositions européennes et en étendant le champ d'application du droit de l'Union ».

se fait *lege fori*, à partir – sans y être réduite – des conceptions internes du *for*¹¹⁸⁰, l'interprétation autonome impose aux juges nationaux de s'en départir afin de donner aux notions autonomes un sens propre au droit de l'Union européenne et déterminé par le but de celui-ci. L'influence de l'interprétation autonome du point de vue de la construction de l'ordre juridique européen apparaît d'autant plus déterminante en droit international privé de la famille que celui-ci, contrairement à la matière contractuelle¹¹⁸¹, ne trouve pas de point d'appui ou de comparaison au niveau matériel, étant donné qu'il n'existe pas de droit de la famille européen.

Ce défaut de droit matériel a pu être présenté comme un empêchement dirimant à l'usage de cette technique¹¹⁸². Cependant, le caractère lacunaire du droit de l'Union semble avoir été pris en compte dans la mise en œuvre de l'interprétation autonome en ce qu'il a probablement dicté le choix d'une approche téléologique et fonctionnelle de l'interprétation, au détriment d'une approche conceptuelle équivalente, ce qui, comme l'a constaté Bertrand Ancel, « signale une certaine défiance à l'égard de la méthode de qualification, laquelle, privée de l'appui d'un droit matériel communautaire, ramènerait fatalement aux droits nationaux des États membres et à leurs divergences »¹¹⁸³. À ce titre, l'évolution des méthodes interprétatives mises en œuvre est particulièrement révélatrice. L'interprétation autonome, en effet, n'est pas elle-même une méthode d'interprétation ; elle n'est d'aucune utilité en ce qui concerne la recherche du sens d'une notion, qui relève des techniques interprétatives classiques. L'interprétation autonome indique le cadre — compétence juridictionnelle et référentiel d'interprétation — au sein duquel ces techniques peuvent prospérer. Or, il semble qu'après avoir fait la part belle au droit comparé en matière civile et commerciale¹¹⁸⁴, la Cour de justice privilégie désormais, y compris en matière familiale, une approche systémique et téléologique stricte : à défaut de droit matériel

¹¹⁸⁰ Voir notamment Giorgio BADIALI, « Le droit international privé des Communautés Européennes », *RCADI*, vol. 191, 1985, pp. 9-182, spéc. pp. 37-38 : « il faut rappeler qu'en général les véritables règles de conflit présupposent l'existence dans l'ordre étatique d'un droit matériel par lequel elles sont influencées et qui serait à même, d'un point de vue technique, de régler les rapports qui forment l'objet du droit international privé. L'influence dont nous venons de parler s'exerce en premier lieu sur la formulation même des règles en question, qui, tout en s'inspirant dans chaque ordre juridique du même but général de l'uniformité de réglementation des rapports, finissent souvent par adopter des critères différents d'un État à l'autre. Cela dépend justement du fait que le droit matériel de chaque État, marquant de son empreinte la réglementation d'une matière donnée, se répercute inévitablement sur le choix des critères adoptés par les règles de conflit ; ces dernières en effet, appelées à se baser sur les rattachements les plus significatifs du rapport, ne pourront que se référer aux circonstances qui touchent aux aspects qui, d'après le droit matériel de la *lex fori*, apparaissent les plus significatifs. [...] Mais la présence d'un droit interne substantiel se répercute d'une façon déterminante même sur les problèmes d'interprétation soulevés par les règles de conflit ».

¹¹⁸¹ Sur cette question, voir Stéphanie FRANCO, Eduardo ÁLVAREZ ARMAS, Marie DECHAMPS, « L'actualité de l'article 5.1 du règlement Bruxelles I : évaluation des premiers arrêts interprétatifs portant sur la disposition relative à la compétence judiciaire internationale en matière contractuelle », *Cahiers du CedIE*, 2011/2, pp. 1-31, [en ligne], consulté le 2 janvier 2019. URL : www.uclouvain.be/cedie.

¹¹⁸² En ce sens, voir notamment Mathias AUDIT, *op. cit.*, n^{os} 36-45, pp. 805-808.

¹¹⁸³ B. ANCEL, note sous CJCE, 2 octobre 2008, *Hassett et Doherty*, aff. C-372/07, *Rec.*, 2008, p. I-07403, *RCDIP*, 2009, p. 71, spéc. p. 80.

¹¹⁸⁴ Mathias AUDIT, *op. cit.*, n^o 30, pp. 802-803 et les auteurs cités.

de la famille¹¹⁸⁵, ce sont ici les objectifs propres de chaque texte de droit international privé de la famille, là, les autres textes adoptés dans cette même matière, qui servent de référentiel d'interprétation. La pertinence de l'approche téléologique nous paraît cependant souffrir de l'incertitude qui affecte le but des règles de conflit de lois et de compétence internationale.

236. Arrêt C. – L'arrêt rendu par la Cour de justice le 27 novembre 2007¹¹⁸⁶ au sujet du règlement « Bruxelles II bis » donne un exemple topique du mode de raisonnement de la Cour. Dans cette affaire, elle a eu à interpréter la notion de « matières civiles » figurant à l'article 1^{er} du règlement, dans le cadre d'un recours introduit par une mère contre la décision d'un tribunal administratif finlandais confirmant une décision de police finlandaise ordonnant la remise de ses deux enfants aux autorités suédoises afin qu'ils soient placés en famille d'accueil. La juridiction finlandaise de renvoi a posé une question préjudicielle en interprétation à la Cour de justice portant sur le champ d'application du règlement, étant donné qu'en droit finlandais, la prise en charge et le placement d'un enfant relèvent du droit public¹¹⁸⁷. Dans cet arrêt, la Cour de justice ne cherche pas à élaborer une définition abstraite des « matières civiles » comprises dans le domaine du règlement. Elle se fonde sur les considérants et dispositions du texte afin d'en tirer une réponse des plus casuistiques, puisqu'elle conclut que « relève de la notion de "matières civiles", au sens de cette disposition, une décision unique qui ordonne la prise en charge immédiate et le placement d'un enfant en dehors de son foyer d'origine, dans une famille d'accueil, lorsque cette décision a été adoptée dans le cadre des règles de droit public relatives à la protection de l'enfance »¹¹⁸⁸.

237. Arrêt Sahyouni. – La démarche adoptée par la Cour de justice dans l'arrêt *Sahyouni* du 20 décembre 2017¹¹⁸⁹ est plus élaborée : elle conjugue les analyses systémique et téléologique afin de donner une définition autonome de la notion de divorce au sens du règlement « Rome III ». En l'espèce, un couple syro-allemand, marié en Syrie, a vécu en

¹¹⁸⁵ Voir à propos de la Convention de Bruxelles, dans le cadre de laquelle « la définition de certaines notions autonomes s'appuie [...] sur l'utilisation du même concept par des textes de droit communautaire matériel », Mathias AUDIT, *op. cit.*, *loc. cit.* Voir cependant sur la « position réservée [de la Cour de justice] sur la question de l'opportunité de transposer les qualifications des matières contractuelle et délictuelle lors de l'interprétation du droit matériel européen », Maud MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, *op. cit.*, n° 542, p. 371 : « Certes, il lui arrive de s'inspirer des définitions retenues dans le droit matériel européen pour interpréter une notion des textes de Bruxelles et de Rome. Certes, encore, elle a déjà eu l'occasion de retenir une interprétation unitaire de certains concepts partagés entre le droit matériel européen et les textes de Rome. Cela dit, elle a également précisé, dans l'arrêt *Falco*, qu'elle ne s'estimait pas liée par les qualifications retenues en droit matériel européen ».

¹¹⁸⁶ CJCE, Gr. ch., 27 novembre 2007, C., aff. C-435/06, *Rec.*, p. I-10141 ; *RCDIP*, 2009, p. 342, note E. GALLANT.

¹¹⁸⁷ CJCE, Gr. ch., 27 novembre 2007, précité, point 22.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*, point 53.

¹¹⁸⁹ CJUE, 20 décembre 2017, *Sahyouni*, aff. C-372/16 ; *D.*, 2018, p. 8 ; *Ibid.*, p. 966, obs. S. CLAVEL, F. JAULT-SESEKE ; *RCDIP*, 2018, p. 899, note P. HAMMJE ; *AJ fam.*, 2018, p. 3, édito. V. AVENA-ROBARDET et p. 119, obs. A. BOICHÉ ; *RTD eur.*, 2018, p. 841, obs. V. ÉGÉA ; *JCP G*, 2018, doct. 228, n° 10, obs. M. FARGE ; *Europe*, 2018, comm. 102, note A. RIGAUX ; *Dr. fam.*, 2018, comm. 114, note A. DEVERS ; *Procédures*, 2018, comm. 44, obs. C. NOURISSAT.

Allemagne, avant de s'installer en Syrie. La guerre civile dans ce pays les ayant forcés à déménager, le couple finit par revenir en Allemagne, où chacun des époux vit, séparément, depuis plus d'un an au moment du litige. Le 20 mai 2013, le tribunal religieux de Lattaquié constate le divorce des époux, après que le mari a prononcé devant lui la formule de divorce selon les règles du *talâq*. Le 12 septembre 2013, l'épouse signe une déclaration dans laquelle elle reconnaît réglées les conséquences patrimoniales du divorce, et son mari libre de toutes obligations.

Le 5 novembre 2013, l'ex-époux obtient du président du tribunal régional supérieur de Munich la reconnaissance de la décision syrienne de divorce. L'ex-épouse requiert l'annulation de cette décision allemande et qu'il soit jugé que les conditions de la reconnaissance n'étaient pas réunies. Le président du tribunal munichois rejette ses demandes : en présence d'un divorce privé, le droit allemand de la reconnaissance prévoit un contrôle de la loi applicable au fond. Il est donc nécessaire de la déterminer en application de la règle de conflit de lois. Le législateur allemand ayant considéré que le règlement « Rome III » s'appliquait à de tels divorces et ainsi abrogé sa règle de droit commun, jugée désormais obsolète¹¹⁹⁰, le juge munichois a fait application de ce règlement qui, en l'espèce, désignait la loi nationale syrienne des époux, en tant que loi nationale commune la plus effective sur le fondement de l'article 8, *littera c*. Le tribunal régional supérieur de Munich saisi du litige sursoit à statuer et pose à la Cour de justice une question préjudicielle en interprétation de la notion de divorce, afin de savoir si les divorces privés sont inclus dans le domaine du règlement « Rome III ».

Si la Cour rappelle que le droit de l'Union n'est pas applicable à la reconnaissance d'une décision rendue dans un État tiers, elle affirme que, « [t]outefois, il ressort d'une jurisprudence bien établie de la Cour que l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union peut s'avérer pertinente dans les cas où, même si les faits au principal ne relèvent pas directement du droit de l'Union, les dispositions de ce droit ont été rendues applicables par la législation nationale, laquelle s'est conformée, pour les solutions apportées à des situations dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre, à celles retenues par le droit de l'Union »¹¹⁹¹. L'intervention de la Cour est donc ici nécessaire, le législateur allemand ayant intégré les règles de conflit de lois du règlement « Rome III » à son droit commun de la reconnaissance, applicable aux décisions rendues dans un État tiers.

Afin d'interpréter la notion de divorce, la Cour énonce sa méthode : « il convient d'interpréter [l'article 1^{er} du règlement "Rome III"], qui définit le champ d'application matériel de ce règlement, en tenant compte non seulement de ses termes, mais également de son contexte

¹¹⁹⁰ CJUE, 20 décembre 2017, *Sahyouni*, précité, point 24.

¹¹⁹¹ *Ibid.*, point 28.

et des objectifs poursuivis par la réglementation dont [il] fait partie »¹¹⁹². Les termes, d'abord, de l'article 1^{er} ne donnent aucune indication sur la notion même de divorce. S'agissant du contexte ensuite, la Cour mobilise dans un premier temps les autres dispositions du règlement, dont « aucune [...] ne fournit de définition de la notion », y compris l'article 3 consacré aux définitions¹¹⁹³, et qui n'excluent donc pas le divorce privé. Cependant, selon la Cour, les indications fournies par le règlement résidant dans l'usage des termes « juridiction », « procédure » et « actions judiciaires » « mettent en évidence que ce dernier vise exclusivement les divorces prononcés soit par une juridiction étatique soit par une autorité publique ou sous son contrôle »¹¹⁹⁴. La Cour examine par ailleurs les considérants du règlement, qui la conduisent, dans un deuxième temps, à élargir le contexte au règlement « Bruxelles II bis », le champ d'application matériel et les dispositions des deux règlements devant être cohérents¹¹⁹⁵. La Cour constate que ce dernier texte adopte la même conception judiciaire du divorce et conclut qu'« il ne serait pas cohérent, de définir de manière différente le même terme de divorce employé dans ces deux règlements et, partant, de faire diverger leurs champs d'application respectifs »¹¹⁹⁶. Ceci la conduit à rappeler, dans un dernier temps, le contexte, plus large, dans lequel les deux textes ont été adoptés, celui de la coopération *judiciaire* en matière civile¹¹⁹⁷, qui ne semble donc pas adapté à la prise en compte de divorces privés.

Enfin, s'agissant des objectifs, la démarche de la Cour est intéressante et révèle la difficulté de définir au niveau de l'Union des notions aussi sensibles que celle de « divorce ». La Cour en effet s'intéresse dans ce cadre aux droits nationaux ; elle relève ainsi, dans le sens des conclusions de l'avocat général¹¹⁹⁸, que « lors de l'adoption de ce règlement, dans les ordres juridiques des États membres participant à une telle coopération renforcée, seuls des organes à caractère public pouvaient adopter des décisions ayant une valeur juridique dans la matière concernée »¹¹⁹⁹. Mais ce n'est pas la signification contemporaine du divorce qui est recherchée par une analyse de droit comparé¹²⁰⁰, qui sert bien plutôt une tentative de détermination des

¹¹⁹² *Ibid.*, point 36.

¹¹⁹³ *Ibid.*, point 38.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, point 39.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*, point 40.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, point 42. Bien que la recherche d'une certaine cohérence entre les textes soit louable, le raisonnement paraît ici trop étroit. La définition du conflit de lois n'a en effet pas nécessairement à être la même que celle du conflit de juridictions. Comme cela a déjà été constaté, « [l']empire des conflits de lois est infiniment plus vaste que celui des conflits de juridictions, car il n'est pas limité au seul contentieux » : Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 2013, 1170 p., spéc. n° 682, pp. 690-691.

¹¹⁹⁷ CJUE, 20 décembre 2017, *Sahyouni*, précité, point 43.

¹¹⁹⁸ Henrik SAUGMANDSGAARD ØE, conclusions présentées le 14 septembre 2017 dans l'affaire *Sahyouni* (CJUE, 20 décembre 2017, C-372/16), point 65.

¹¹⁹⁹ CJUE, 20 décembre 2017, *Sahyouni*, précité, point 45.

¹²⁰⁰ Sur le recours au comparatisme juridique en matière civile et commerciale, voir L. D'AVOUT, obs. sous CJUE, 10 septembre 2015, *Holterman Ferho*, aff. C-47/14 ; *JDI*, 2016, p. 1451, spéc. pp. 1454-1455.

objectifs *initiaux* du législateur européen par une étude des travaux préparatoires. La Cour en tire la conclusion selon laquelle « [i]l y a [...] lieu de considérer que, en adoptant ledit règlement, le législateur de l'Union a eu uniquement en vue les situations dans lesquelles le divorce est prononcé soit par une juridiction étatique soit par une autorité publique ou sous son contrôle, et que, dès lors, il n'entrait pas dans son intention de voir le même règlement s'appliquer à d'autres types de divorces, tels que ceux qui, comme en l'occurrence, reposent sur une "déclaration de volonté privée unilatérale" prononcée devant un tribunal religieux »¹²⁰¹. Enfin, après avoir relevé qu'aucune mention des divorces privés n'avait été faite dans le cadre des négociations du règlement « Rome III », la Cour relève que l'introduction, depuis l'adoption de ce règlement, de divorces extra-judiciaires dans le droit de certains États membres ne nécessite pas moins l'intervention du législateur européen afin de traduire cette modification en droit de l'Union européenne¹²⁰². La Cour associe ainsi l'analyse des travaux préparatoires à l'interprétation téléologique afin d'en réduire l'objet aux objectifs initiaux du législateur européen¹²⁰³. Cela confère à l'interprétation téléologique un aspect moins dynamique, plus conservateur qui peut surprendre au regard de l'attitude qui a pu être celle de la Cour de justice. Dans le même temps, cela contribue à soutenir l'idée d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union¹²⁰⁴, en recentrant l'analyse sur lui.

238. Transition. – Pourtant, en l'absence d'harmonisation du droit matériel, une telle appréhension de l'ordre juridique de l'Union européenne semble devoir rester limitée ou aboutir à une exacerbation de l'autonomie des notions d'un texte à l'autre et donc du morcellement du droit de l'Union. Si cette harmonisation reste difficilement envisageable à l'heure actuelle, certaines conceptions matérielles peuvent, quoiqu'approximativement, être dégagées du droit positif.

2. Les conceptions matérielles véhiculées par les règlements de l'Union

239. Manifestations incidentes. – La technicité traditionnelle du droit international privé et son caractère morcelé en droit de l'Union européenne ont pu faire penser, à tort, à une certaine

¹²⁰¹ CJUE, 20 décembre 2017, *Sahyouni*, précité, point 45.

¹²⁰² Comparer *infra* (nos 294-296) cette démarche avec celle qui a été adoptée s'agissant de l'interprétation de la notion de « mariage » dans l'arrêt *Coman* (CJUE, Gr. ch., 5 juin 2018, aff. C-673/16 ; *AJDA*, 2018, p. 1603, chron. P. BONNEVILLE, E. BROUSSY, H. CASSAGNABÈRE, C. GÄNSER ; *AJfam.*, 2018, p. 404, obs. G. KESSLER ; *D.*, 2018, p. 1674, note H. FULCHIRON, A. PANET ; *RTD eur.*, 2018, p. 673, obs. É. PATAUT ; *RTD civ.*, 2018, p. 858, obs. L. USUNIER ; *JCP G*, 2018, p. 874, note G. WILLEMS ; *Dr. fam.*, 2018, comm. 199, note J.-R. BINET).

¹²⁰³ L'association entre travaux préparatoires et analyse téléologique, bien que récente, n'est pas nouvelle. Mais la Cour va ici beaucoup plus loin dans leur imbrication en faisant des travaux préparatoires un élément de l'analyse téléologique et pas simplement une méthode supplémentaire d'interprétation. Sur cette question, voir Léa NAVEL, « Les travaux préparatoires dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDP*, 2016, n° 5, pp. 1547-1575.

¹²⁰⁴ Sur cette notion, voir *infra*, nos 432-446.

déconnexion entre le droit international privé de la famille et les considérations substantielles en matière familiale. Pourtant, au-delà de la matérialité qui ressort de la démarche interprétative de la Cour de justice, des conceptions substantielles se dégagent des règlements¹²⁰⁵, par la mise en avant de considérations nationales perçues comme des seuils de droits à garantir. Les règlements reposent en effet sur des valeurs substantielles, qui, soit s'affirment au travers de mécanismes complémentaires à celui de l'ordre public international, soit ressortent clairement de l'articulation des règles contenues dans les règlements sans pour autant être expressément définies¹²⁰⁶.

240. Droit au divorce et droit au divorce égalitaire : règlement « Rome III ». – Ainsi, les dispositions du règlement « Rome III » reposent sur un droit au divorce. Cela ne ressort pas seulement de la possibilité offerte aux époux de choisir la loi applicable à leur divorce sur le fondement de l'article 5, qui leur permet de rendre applicable une loi en fonction de son contenu matériel¹²⁰⁷. Cela résulte principalement de l'article 10 qui prévoit que « [l]orsque 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 ». Ainsi, toute loi prohibitive — parmi lesquelles figurent celles qui permettraient le seul relâchement du lien matrimonial et non sa dissolution — pourrait être écartée. Trois remarques peuvent être formulées au sujet de cette disposition.

Premièrement, la place du droit au divorce dans la hiérarchie des valeurs portées par le règlement paraît élevée, étant donné que la mise à l'écart de la loi prohibitive pourrait intervenir dans une hypothèse où cette loi aura été choisie par les parties. En présence de dispositions censées assurer l'intégrité du consentement des époux, cette disposition ne peut être interprétée que comme le signe que « la possibilité de divorcer constitue un principe hiérarchiquement plus élevé que l'autonomie de la volonté »¹²⁰⁸ — sauf à considérer que le législateur a estimé que les règles protectrices du consentement qu'il a définies lui-même sont insuffisantes.

Deuxièmement, il est possible de remarquer, avec Petra Hammje, que « [p]ar le biais de ce texte, l'Union européenne impose [...] "d'en haut" aux États participants un "droit au

¹²⁰⁵ Sur un tel constat en matière civile et commerciale, voir David LEFRANC, « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé. Aspects de droit privé », *RCDIP*, 2005, pp. 413-446, spéc. pp. 426-435.

¹²⁰⁶ Aude FIORINI, « Rome III. Choice of law in divorce : is the europeanization of family law going too far ? », *International Journal of Law, Policy and Family*, 2008, pp. 178-205, spéc. p. 193.

¹²⁰⁷ Cette seule possibilité a pu faire dire à une auteure que le règlement reposait sur l'idée d'un divorce « à la carte » (Aude FIORINI, *op. cit.*, *loc. cit.*). Il semble que cette affirmation puisse être nuancée, le choix de loi ne pouvant être opéré que dans le cadre d'une option et le règlement ne prévoyant pas la possibilité de dépecer le divorce.

¹²⁰⁸ Natalie JOUBERT, « Commentaire de l'article 10 du règlement "Rome III" », in *Droit européen du divorce*, *op. cit.*, pp. 595-603, spéc. p. 598.

divorce" [...alors même] qu'un tel "droit au divorce" n'a pas encore pleinement été consacré au titre de droit fondamental »¹²⁰⁹. Comme le souligne l'auteure, une telle démarche « ne laisse aucune marge d'appréciation à l'ordre juridique du for : l'application de sa propre loi lui est imposée pour atteindre le résultat fixé »¹²¹⁰. Il ne s'agit ici, ni sur la méthode, ni sur le fond, de mettre en œuvre l'exception classique d'ordre public international : la valeur substantielle est définie *directement* par le droit de l'Union européenne et n'est pas recherchée parmi les valeurs de l'État du for. D'ailleurs – et sur ce point la démarche du règlement atteint sa limite et son paradoxe –, ce droit ne vaut que pour autant que l'État membre participant du for a consacré le divorce dans son droit national : l'article 13 du règlement prévoit en effet qu'« [a]ucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un État membre participant *dont la loi ne prévoit pas le divorce* [...] à prononcer un divorce en application du présent règlement »¹²¹¹. La disposition ne peut, certes, plus connaître aucune concrétisation, depuis que Malte a introduit le divorce dans son droit national, mais elle révèle qu'une démarche de substantialisation en matière familiale se heurte nécessairement à la nécessité de respecter les considérations nationales. De surcroît, ce « droit au divorce », alors même qu'il est consacré par le droit de l'Union européenne, ne revêt pas la même signification d'un État membre à l'autre compte tenu de la diversité des conceptions nationales du mariage. En particulier, il ne bénéficie pas de la même manière, toutes choses égales par ailleurs, aux couples hétérosexuels et aux couples homosexuels. Ce droit ne concerne en effet, en toute logique, que les mariages valides. Mais les conditions de validité du mariage relevant du droit national des États membres, c'est la loi de l'État membre participant dans lequel la procédure de divorce est engagée qui dessine finalement les contours du droit au divorce prévu par le règlement. Lorsque le divorce est demandé dans un État membre à la législation prohibitive en matière de mariage de couples de même sexe, ceux-ci n'y bénéficient pas d'un droit au divorce, que l'un des époux ait ou non la nationalité de cet État. En effet, d'une part, les États membres qui ont supprimé la condition

¹²⁰⁹ Petra HAMMJE, V° « Divorce et séparation de corps », *Répertoire de droit international*, Dalloz, novembre 2018, n° 204. L'auteure nuance cependant cette affirmation en relevant qu'un tel droit « peut être perçu comme existant de façon sous-jacente. Ainsi, le Conseil constitutionnel français a-t-il pu indiquer dans sa décision du 29 juillet 2016 (Cons. const., 29 juillet 2016, n° 2016-557 QPC) qu'il résulte des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme "une liberté pour chacun de se marier ainsi qu'une liberté de mettre fin aux liens du mariage, composantes de la liberté personnelle", précisant ensuite qu'il est "loisible au législateur d'apporter à la liberté de mettre fin aux liens du mariage des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi". De façon plus nuancée, la Cour européenne des droits de l'homme a certes réitéré depuis l'arrêt *Johnston c. Irlande* (CEDH, 18 décembre 1986) que les articles 8 et 12 de la Convention EDH ne consacrent pas de droit au divorce (voir notamment CEDH, 14 juin 2011, *Ivanova et Petrova c. Bulgarie*, req. n° 15001/04, point 60 ; *D.*, 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; CEDH, 10 janvier 2017, *Barbiaz c. Pologne*, req. n° 1955/10, point 49), mais estime néanmoins qu'un encadrement trop fort du divorce pourrait être contraire à ces textes ».

¹²¹⁰ Petra HAMMJE, *op. cit.*, n° 205.

¹²¹¹ C'est nous qui soulignons.

d'altérité des sexes en matière de mariage acceptent généralement de célébrer le mariage pour peu que la loi nationale, la loi du domicile ou de la résidence de l'un ou l'autre des époux le permette. Dès lors, le national d'un État membre à la législation prohibitive pourra s'être marié valablement selon la loi du lieu de célébration du mariage avec son conjoint de même sexe, sans que son mariage puisse être considéré valable et son divorce prononcé dans son État national. D'autre part, un couple de personnes de même sexe peut s'être marié valablement au regard des lois nationales des époux et de la loi du lieu de célébration du mariage mais se voir opposer une exception d'ordre public international par la juridiction d'un État membre à la législation prohibitive le cas échéant saisi du divorce. L'étendue du droit au divorce consacré par le règlement reste ainsi en partie déterminée par les droits nationaux des États membres.

Troisièmement enfin, de manière sans doute moins hardie étant donné la consécration des principes fondamentaux de non-discrimination à raison du sexe et d'égalité entre femmes et hommes applicables dans tous les États membres au moins en vertu de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹²¹², si la loi objectivement désignée ou même la loi choisie par les parties comporte des dispositions discriminatoires à raison du sexe de l'un ou l'autre des époux, la loi prohibitive devra être écartée au profit de la loi du for. L'article 10 renferme dès lors deux propositions substantielles : le droit de l'Union européenne prévoit un droit au divorce, et le divorce doit être égalitaire.

241. Droit au divorce : règlements « Bruxelles II bis » et « Bruxelles II ter ». – Ce droit au divorce transparaît également dans le règlement « Bruxelles II bis », en raison de l'acception de la notion de « décision » retenue à l'article 2, point 4, qui « entend par [...] "décision" toute décision *de* divorce, *de* séparation de corps ou *d'*annulation du mariage »¹²¹³, et non pas toute décision *concernant*¹²¹⁴ ou *en matière de*¹²¹⁵ divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage. Il résulte de la combinaison de cette disposition avec celle de l'article 21 § 1 du même règlement que le mécanisme allégé de circulation des décisions semble ne profiter qu'aux décisions *prononçant* le divorce, mais pas à celles qui refusent de le prononcer^{1216 1217}. Le règlement « Bruxelles II ter » est dépourvu d'ambiguïté sur ce point : en matière de désunion, son article 2 § 1 définit la décision comme « une décision rendue par une juridiction d'un État membre, y compris un arrêt, un jugement ou une ordonnance, *accordant* le divorce, la séparation de corps ou l'annulation d'un mariage »¹²¹⁸. Le contraste ressort nettement de la

¹²¹² Articles 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹²¹³ C'est nous qui soulignons.

¹²¹⁴ Le terme est employé dans cette même disposition au sujet de la responsabilité parentale.

¹²¹⁵ L'expression est employée à l'article 22, au sujet des motifs de non-reconnaissance.

¹²¹⁶ Cette solution était clairement affirmée dans le rapport Borrás relatif à la Convention de Bruxelles II : Rapport Borrás, précité, point 60, p. 48.

¹²¹⁷ En ce sens, voir Petra HAMMJE, *op. cit.*, n° 320.

¹²¹⁸ C'est nous qui soulignons.

comparaison avec la responsabilité parentale, pour laquelle toute décision la « concernant » relève du règlement.

242. Faveur à l'octroi d'aliments : règlement « Aliments ». – De même, le règlement « Aliments » repose sur une idée de faveur à l'octroi d'aliments. Le premier élément en ce sens réside dans le *forum actoris* créé par l'article 3, *littera* b, qui permet au créancier de saisir le juge de sa résidence habituelle. Le règlement uniformisant les règles de conflit de lois par le biais du renvoi au protocole de La Haye, une telle disposition permet de faciliter l'action au bénéfice du créancier. De même, le législateur européen a prévu des règles de compétence subsidiaire et une règle instaurant un *forum necessitatis* qui permettent d'assurer, dans la plupart des hypothèses, la compétence d'une juridiction d'un État membre, et surtout le jeu des règles de conflit de lois du protocole de La Haye, qui elles-mêmes traduisent explicitement cette faveur.

Ainsi, dans les relations entre parents et enfants et s'agissant des créanciers de moins de 21 ans (sauf si la relation qui les lie au débiteur est de type matrimoniale), la loi en principe applicable est écartée au profit de celle du for dans le cas où la première n'octroie pas d'aliments¹²¹⁹. Pareillement, s'agissant de ce même type de relations, alors que, par exception à la compétence de la loi de la résidence habituelle du créancier, la loi de la résidence habituelle du débiteur s'applique si l'autorité compétente de ce lieu a été saisie, le principe se maintient si la loi de la résidence habituelle n'octroie pas d'aliments¹²²⁰. Si dans ces deux hypothèses, le principe comme les exceptions ne permettent pas au créancier de recevoir des aliments et que les parties ont une nationalité commune, la loi de cette nationalité s'applique¹²²¹. Enfin, si l'article 8 § 1 du protocole de La Haye offre aux parties une *optio juris*, le paragraphe 4 précise que c'est à la seule loi de l'État de la résidence habituelle du créancier qu'il appartient de déterminer si ce dernier peut renoncer à son droit à des aliments.

243. Encadrement de l'ordre public international. – Par ailleurs, le droit de l'Union véhicule également indirectement des valeurs substantielles par un encadrement, au niveau européen, de l'ordre public international des États membres. Cela passe d'abord par une réduction de son étendue : les règles européennes ne prévoient généralement une exclusion par exception de la loi applicable qu'en cas de contrariété *manifeste* à l'ordre public international du for¹²²². Cette limitation vise à atténuer les conséquences de la diversité des conceptions juridiques et sociales nationales qui font de la matière familiale « un terrain fertile au jeu de

¹²¹⁹ Article 4 § 2 du protocole de La Haye, précité.

¹²²⁰ Article 4 § 3 du protocole de La Haye, précité.

¹²²¹ Article 4 § 4 du protocole de La Haye, précité.

¹²²² Articles 12 du règlement « Rome III », 13 du protocole de La Haye, 35 du règlement « Successions », 31 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

l'exception d'ordre public »¹²²³ et à l'expérimentation¹²²⁴. Le mécanisme supposant en lui-même la violation d'une valeur ou d'un principe particulièrement important pour l'ordre juridique du for, l'adjonction devenue habituelle de l'adverbe « manifestement » ne peut que signifier la volonté de limiter les cas d'intervention de l'exception d'ordre public international¹²²⁵. Les juges des États membres sont donc invités à en adopter une approche restrictive dans le cadre de la mise en œuvre des règlements. À défaut, un risque supplémentaire pèserait en effet sur l'efficacité de l'uniformisation des règles de conflit de lois en droit de l'Union. Cependant, cet encadrement porte sur le seuil de déclenchement de l'exception, et non sur son contenu, qui, reposant sur des valeurs et principes substantiels propres à chaque ordre juridique national, est plus difficile à uniformiser directement. La démarche n'en a pas moins d'incidence sur la définition des valeurs matérielles dont les ordres juridiques nationaux souhaitent assurer la défense.

244. Influence de l'autonomie de la volonté sur l'ordre public international et faveur à la suppression de la réserve héréditaire : règlement « Successions ». – Enfin, l'exception d'ordre public international n'étant qu'une étape de la méthode conflictuelle, il n'est pas étonnant que les bouleversements ayant affecté la première, celle de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois elle-même, aient également eu des conséquences sur la seconde. En particulier en droit international privé de la famille, il semble qu'il faille désormais tenir compte de l'introduction de l'autonomie de la volonté, même limitée dans le cadre d'une *optio juris*¹²²⁶, accordée aux intéressés¹²²⁷ pour examiner le contenu de l'ordre public international. Il est en effet apparu que l'uniformisation des règles de conflit de lois, mais surtout l'admission du choix de loi devait nécessairement conduire à atténuer les sévérités de l'ordre public international, en ce qu'elle traduirait, en amont, un plus grand libéralisme dans l'admission des solutions étrangères qu'il conviendrait de ne pas neutraliser en aval¹²²⁸.

¹²²³ Petra HAMMJE, *op. cit.*, n° 197, au sujet du divorce et de la séparation de corps.

¹²²⁴ *Op. cit.*, n°s 197-198 : l'auteur rappelle que c'est en matière de divorce que sont apparues les théories de l'ordre public atténué (arrêt Civ. 1, 17 avril 1953, *Rivière*, précité) et de proximité (arrêt Civ. 1, 1^{er} avril 1981, *De Iturralde de Pedro*, n° 79-13.959, *Bull. civ. I*, n° 117 ; *JDI*, 1981, p. 812, note D. ALEXANDRE ; *D.*, 1982, IR 69, obs. B. AUDIT ; *Defrénois*, 1982, p. 353, art. 32832, note J. MASSIP), de même que sont aujourd'hui expérimentées dans le règlement « Rome III » diverses voies de protection des considérations nationales (articles 10 et 13 du règlement).

¹²²⁵ Voir en ce sens Andrea BONOMI, Patrick WAUTELET, *Le droit européen des successions*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 2016, 1066 p., spéc. p. 594, n° 30 ; Paul LAGARDE, « Les principes de base du nouveau Règlement européen sur les successions », *RCDIP*, 2012, pp. 691-732, spéc. n° 20, p. 709.

¹²²⁶ Voir *infra*, n°s 272-275.

¹²²⁷ Les intéressés ne sont pas nécessairement les parties à l'instance ; en matière successorale, c'est le défunt qui est considérée.

¹²²⁸ Voir Christine BIDAUD-GARON, « La loi applicable aux successions internationales selon le règlement du 4 juillet 2012 », *JCP N*, 2013, n° 17, étude 1109, pp. 69-74, spéc. n° 14, p. 72 : « [l']éviction systématique des lois étrangères ne connaissant pas la réserve paraît bien délicate et ne correspond [pas ...] à l'esprit du règlement. [...] L']objectif du règlement étant notamment d'offrir une plus grande visibilité en matière successorale aux personnes

C'est ce que laisse tout d'abord entrevoir la Commission européenne dans la proposition de règlement « Successions », lorsque, commentant la possibilité de choix de loi offerte au *de cuius*, elle souligne que « [t]ous les systèmes juridiques des États membres connaissent l'existence de mécanismes destinés à assurer la subsistance de proches du défunt et principalement de mécanismes de réserve héréditaire. Cependant, les testateurs qui sont ressortissants d'un État membre dans lequel les donations entre vifs sont irrévocables peuvent confirmer leur validité en choisissant leur loi nationale comme applicable à leur succession. Un objectif central du règlement est de s'assurer que ces mécanismes soient respectés. En permettant au testateur un choix de loi, il fallait trouver un compromis entre les avantages d'un tel choix, comme la sécurité juridique et la plus grande facilité à planifier sa succession, et la protection des intérêts légitimes des proches du défunt, notamment du conjoint et des enfants survivants »¹²²⁹. Certes, il n'est ici nulle part fait référence à la question de savoir si la réserve héréditaire est d'ordre public international, mais le raisonnement fournit des indications sur la position du droit de l'Union sur ce point. Il peut en effet être déduit, d'une part, de la volonté d'offrir au *de cuius* la possibilité de « valider » d'éventuelles donations entre vifs et, d'autre part, de la perception de la limitation de la *professio juris* comme une menace faible — le choix ne peut se porter que sur une seule loi — et légitime — cette loi ne peut être que la loi nationale du testateur qui lui permet, s'il est « soucieux de conserver des liens étroits avec son pays d'origine, de préserver ces liens culturels à travers sa succession »¹²³⁰ — pour la protection des intérêts des proches du défunt, que la réserve héréditaire n'a pas été considérée, dans la proposition de règlement, comme étant d'ordre public international. La Commission incite donc les juges nationaux à considérer, lorsqu'une donation entre vifs conforme à la loi nationale du *de cuius* porte atteinte à la réserve héréditaire telle que prévue par la loi du for, que leur ordre public international n'a pas été atteint.

C'est ainsi, selon plusieurs auteurs¹²³¹, ce qui aurait conduit la Cour de cassation française, suivant en ce sens les recommandations de la Commission européenne, à considérer

résidant habituellement sur le territoire de l'Union européenne, l'éviction systématique des lois étrangères ne prévoyant pas de réserve conduirait au résultat inverse ».

¹²²⁹ Commission des Communautés européennes, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, 14 octobre 2009, COM(2009)154 final, p. 6.

¹²³⁰ Proposition précitée, p. 6.

¹²³¹ Voir notamment L. USUNIER, note sous Civ. 1, 27 septembre 2017, n^{os} 16-17.198 et 16-13.151, *RTD civ.*, 2017, p. 833 : l'auteur fait de l'adoption du règlement « Successions » l'un des « deux revers majeurs [que connaît] dans l'époque récente », l'autorité de la réserve. Elle souligne que « [l']instrument a en effet offert au *de cuius* une option de législation lui permettant d'échapper, le cas échéant, à la réserve héréditaire prévue par la loi de sa dernière résidence habituelle en plaçant la succession sous l'empire de sa loi nationale ». Voir également, relevant « l'impact majeur [de cette solution] sur la pratique de la *professio juris* introduite par l'article 22 du règlement "Successions" », C. NOURISSAT, M. REVILLARD, note sous Civ. 1, 27 septembre 2017, n^o 16-17.198 et n^o 16-13.151, *JCP G*, 2017, p. 1236 : « L'article 22 ne soumet le choix de loi à aucune restriction quant à ses effets et

dans deux décisions rendues le même jour et dans les mêmes termes « qu’une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n’est pas en soi contraire à l’ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d’espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels »¹²³². Les arrêts concernaient certes des successions ouvertes avant l’entrée en vigueur du règlement qui ne leur était donc pas applicable. Mais, ayant été rendus postérieurement à cette date, il n’est pas téméraire de penser que la Cour de cassation s’est imprégnée de l’esprit du texte pour trancher, en droit international privé commun, une question à laquelle elle n’avait jamais répondu auparavant et rendre une solution qui pourrait être étendue au droit international privé de l’Union européenne.

Combinée à celle de la proposition de règlement, la lecture de ces arrêts conduit à formuler deux remarques sur la portée de cette solution en droit international privé de l’Union. Premièrement, le raisonnement ne semble pas devoir être restreint à la seule hypothèse évoquée par la Commission de l’atteinte portée à la réserve par une donation entre vifs. Dès lors que c’est la *planification successorale* que la Commission affirme vouloir faciliter, il semble permis de douter du poids du caractère irrévocable de la donation dans la définition d’une telle solution. Si bien que la solution préconisée par la Commission pourrait être étendue non seulement au cas du legs, mais aussi à celui du *trust*. C’est d’ailleurs précisément ce que fait la Cour de

permet donc, sous réserve de l’ordre public et de la fraude à la loi, de désigner une loi applicable à sa succession qui ne connaît pas la réserve. L’approche est différente dans certains droits nationaux qui prévoient expressément que la *professio juris* ne peut pas porter atteinte aux droits reconnus aux héritiers réservataires par la loi qui aurait été applicable à défaut de choix (Loi belge de 2004, article 79 ; loi italienne du 31 mai 1995, article 46, § 2 ; loi bulgare, article 89, alinéa 5 ; Code civil québécois, article 3099, alinéa 1^{er}, etc.). Se pose donc, dans le cadre du règlement européen, la question de savoir si, lorsque la loi nationale choisie ne connaît pas la réserve, l’ordre public international viendra s’opposer. La réponse nous paraît clairement apportée par les deux arrêts du 27 septembre 2017 ». Voir enfin É. FONGARO, comm. Sous Civ. 1, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151, *JCP N*, 2017, p. 1305 : « Les arrêts présentent ainsi le mérite de ne pas battre en brèche les nouvelles stratégies d’anticipation successorale fondées sur la *professio juris* et respectent avec pertinence l’esprit libéral qui anime le texte européen, dont l’un des objectifs est de mettre les sujets de droit en mesure d’organiser à l’avance leur succession (considérant 7) ».

¹²³² Civ. 1, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151, *D.*, 2017, p. 2185, note J. GUILLAUMÉ ; *AJ fam.*, 2017, p. 595, obs. A. BOICHÉ ; *Ibid.*, p. 598, obs. P. LAGARDE, A. MEIER-BOURDEAU, B. SAVOURÉ, G. KESSLER ; *RTD civ.*, 2017, p. 833, note L. USUNIER ; *JCP G*, 2017, p. 1236, note C. NOURISSAT, M. REVILLARD ; *JCP N*, 2017, p. 1305, comm. É. FONGARO ; *Defrénois*, 2017, n° 22, p. 26, note M. GORÉ. La question a, précédemment, profondément divisé la doctrine, particulièrement au moment de l’adoption du règlement « Successions » : voir en faveur de la solution plus tard consacrée par la Cour de cassation, Paul LAGARDE, « Les principes de base du nouveau Règlement européen sur les successions », *op. cit.*, n° 20, p. 710 ; Mariel REVILLARD, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 8^{ème} éd., 2014, 977 p., spéc. n° 1031, pp. 553-554. Voir au contraire, considérant la réserve héréditaire d’ordre public international, notamment en ce qu’elle constitue une protection de la famille : David MARTEL, « Les valeurs du droit français et la proposition de règlement sur les successions », *RLDC*, n° 77, décembre 2010, pp. 51-56, spéc. p. 55 ; Sara GODECHOT-PATRIS, « Successions internationales en France », in *Les successions. Travaux de l’Association Henri Capitant*, 2010, t. LX, Bruxelles, Paris, Bruylant, LB2V, 2012, pp. 673-690 ; Michel GRIMALDI, « Brèves réflexions sur l’ordre public et la réserve héréditaire », *Defrénois*, 2012, pp. 755-761, spéc. n°s 7-11, pp. 758-761 ; comp. Georges KHAIRALLAH, « La loi applicable à la succession », in *Perspectives du droit des successions européennes et internationales*, Georges Khairallah, Mariel Revillard (dir.), Defrénois, 2010, pp. 61-79, spéc. n° 18, pp. 69-70.

cassation dans ses deux arrêts de 2017, chacun concernant l'une de ces figures de planification successorale.

Secondement, la solution retenue dans le règlement « Successions » paraît traduire, en définitive, une faveur pour la suppression de la réserve héréditaire. La balance opérée entre sécurité juridique et planification successorale, d'une part, et protection des intérêts légitimes des proches du *de cuius*, d'autre part, est en effet déséquilibrée. La gardienne des traités considère que le compromis entre ces éléments est réalisé du seul fait de la limitation à la loi nationale du *de cuius* des lois offertes à son choix. Pourtant, si l'on peut effectivement constater que la seule faculté de choix d'une loi suffit à assurer la sécurité juridique et à permettre la planification successorale sans que la limitation de l'étendue du choix y porte atteinte, c'est avec bien plus de circonspection que l'on considère l'influence de cette restriction sur le maintien d'une protection des intérêts légitimes des proches du défunt, qui dépend autrement du contenu que de l'identité de la loi applicable. Cette solution ne devient intelligible que si l'on comprend que c'est à une vision différente, moins juridique, plus concrète, de la protection de ces intérêts que se réfère le règlement. Il ne s'agit plus de protéger les intérêts du conjoint et des enfants survivants en leur garantissant l'attribution d'une part du patrimoine du défunt. Il s'agit de vérifier, au cas par cas, si l'application de la loi nationale du défunt ne conduit pas à une situation concrète contraire aux valeurs essentielles de l'ordre juridique du for. Un exemple d'une telle situation peut être tiré des arrêts précités de la Cour de cassation française. La Haute juridiction y approuve les cours d'appel d'avoir examiné, pour conclure à l'absence de contrariété de l'ordre public international français, la situation matérielle des enfants du défunt et d'avoir constaté qu'ils ne se trouvaient pas « dans une situation de précarité économique ou de besoin »¹²³³. Ainsi, la faveur pour la planification individuelle que traduit le règlement correspond nécessairement à une faveur pour la suppression de la réserve héréditaire. De surcroît, cette dernière reflétant la conception des liens familiaux et des obligations en découlant, le droit de l'Union s'engage à nouveau, au motif de faciliter la libre circulation des personnes, sur le terrain du droit matériel de la famille des États membres.

245. Conclusion du paragraphe. – L'uniformisation des règles de conflit de lois et de juridictions est présentée comme l'instrument idoine d'une coopération judiciaire en matière civile orientée vers la garantie d'une libre circulation des personnes. Elle constituerait une condition de la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions qui à son tour assurerait l'exercice effectif de cette liberté.

¹²³³ Civ. 1, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151, précités.

Pourtant, l'analyse de l'uniformisation des règles de conflit en droit international privé de la famille de l'Union européenne met en lumière une dualité entre ce discours institutionnel et sa concrétisation en droit positif. Ainsi, l'adoption de règles à rattachements alternatifs dans les règlements relatifs à la désunion et à la responsabilité parentale, d'une part, et aux obligations alimentaires, d'autre part, contredit directement l'assertion selon laquelle l'uniformisation des règles de compétence internationale constituerait un prérequis indispensable à la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions, en ce qu'elle permettrait de lutter contre le *forum shopping* et de prévenir l'inconciliabilité de ces dernières dans un contexte d'allègement des conditions d'effet des jugements. De même, le défaut de contrôle de la loi appliquée et de révision au fond au stade de l'instance indirecte empêche de considérer nécessaire à un allègement du régime de reconnaissance et d'exécution des décisions l'adoption de règles de conflit de lois uniformes.

Ce constat, qui est celui des institutions européennes elles-mêmes, ne conduit pas, néanmoins, à une remise en cause de la technique mise en œuvre. C'est au contraire à une adaptation des justifications, dans un sens toujours plus libéral, que l'observateur assiste. Désormais, si l'uniformisation des règles de compétence internationale est justifiée, c'est parce qu'elle serait nécessaire à une « libre circulation » des décisions. Si les règles de conflit de lois doivent être uniformes, c'est, d'une part, qu'elles donneraient lieu à une uniformisation matérielle des décisions rendues dans l'espace judiciaire européen de nature à renforcer la confiance mutuelle entre les États membres nécessaire à l'instauration d'un régime simplifié d'effet des jugements, et que, d'autre part, elles permettraient d'instaurer une sécurité juridique à même d'« accroître la mobilité des citoyens »¹²³⁴.

La portée d'une telle évolution se mesure au-delà de la seule élaboration des règles de conflit. En effet, d'une part, la Cour de justice ayant fait de l'application uniforme du droit de l'Union un élément cardinal de la construction de l'ordre juridique européen, elle prône une interprétation autonome des notions pour lesquelles il n'est pas expressément renvoyé aux droits nationaux des États membres, la conduisant à se prononcer directement sur des notions de droit matériel de la famille. D'autre part, l'uniformisation des règles de conflit s'accompagne d'une uniformisation d'une partie de la méthode conflictuelle. Celle des limites à l'application de la loi désignée a en particulier donné lieu à la définition, par le législateur européen se positionnant dès lors sur le terrain du droit matériel, de seuils de droits à garantir.

Du fait de la centralité de l'objectif de libre circulation des personnes, ces glissements progressifs ne font en aucun cas l'objet d'une motivation spécifique, quand bien même le

¹²³⁴ Considérant 15 du règlement « Rome III ».

résultat auquel ils aboutissent peut difficilement, nous semble-t-il, se réclamer de la lettre des traités.

246. Conclusion de la Section. – Transition. – La soumission de l'action européenne en matière conflictuelle à la libre circulation des personnes s'est traduite par l'élaboration d'un droit international privé de la famille qui se veut neutre du point de vue des conceptions nationales en la matière. Pourtant, dès lors que le droit international privé reflète singulièrement les spécificités culturelles et sociales nationales, le morcellement des catégories, d'une part, s'est imposé comme une méthode qui non seulement permet l'adoption de règles de conflit communes, mais aussi défait les liaisons systémiques qui prévalaient auparavant et se voulaient garantes de la protection de l'identité de la personne¹²³⁵. L'uniformisation des règles de conflit, d'autre part, présentée comme une garantie de l'exercice effectif de la libre circulation des personnes, suppose un *modus vivendi* qui ne peut, certes, être envisagé que si les règles qui en font l'objet ne font pas prévaloir une conception nationale au détriment d'une autre. En cela, ce procédé est conçu comme le garant de la cohérence du droit international privé de la famille de l'Union qui progressivement s'émancipe des droits nationaux tout en poursuivant des objectifs qui lui sont propres. Mais la poursuite de ces objectifs par des moyens qui nous paraissent à la fois excéder les limites des compétences de l'Union et contrevenir au principe de proportionnalité, et la volonté d'application uniforme du droit de l'Union dans tous les États membres conduit progressivement à définir, à l'échelle européenne, les principes qui, en matière familiale, servent la libre circulation des personnes. C'est ce même mouvement de « désétatisation » du droit international privé de la famille qui a contribué, comme il nous appartient de le montrer à présent, à conférer une place centrale à la volonté de l'individu dans la constitution de son statut.

SECTION 2 : VERS UNE LIBRE CONSTITUTION DE LEUR STATUT PERSONNEL PAR LES INDIVIDUS

247. Plan. – La citoyenneté européenne et la libre circulation des personnes placent l'individu au cœur de la construction du droit de l'Union européenne et notamment du droit international privé de la famille. Cela se traduit par une influence plus directe de sa volonté sur le règlement conflictuel qui s'observe au travers, d'une part, d'une modification de la

¹²³⁵ Sur la définition et les fonctions du statut personnel en droit international privé commun, voir *supra*, n^{os} 19-80.

formulation des règles de conflit traditionnelles, qui ne font plus état d'une localisation abstraite de la situation dans un État (I), et, d'autre part, de l'émergence d'une méthode concurrente et qui pourrait à terme profondément bouleverser le droit international privé de la famille : la méthode de la reconnaissance des situations (II).

I. Le recul de la localisation de la situation par le recours à des facteurs de rattachement souples

248. Plan. – La prise en compte de la personne en sa seule qualité de citoyen européen libre circulant dans le cadre de l'élaboration du droit international privé de la famille de l'Union européenne se traduit par une mutation de la nature des critères de rattachement privilégiés dans les règles de conflit. Étant donné qu'il ne s'agit plus d'assurer par un rattachement objectif et signifiant un lien fort avec l'État la compétence de la « loi qui a les relations les plus réelles avec leurs intérêts permanents »¹²³⁶, les rattachements traditionnels à la nationalité et au domicile sont disqualifiés (A), au profit de rattachements souples dont la concrétisation repose principalement sur la volonté des parties (B).

A. La disqualification des rattachements à la nationalité et au domicile en droit international privé de la famille de l'Union européenne

249. Plan. – En matière de compétence juridictionnelle directe comme en matière de conflit de lois, les nouveaux objectifs poursuivis par les règles de conflit en droit de l'Union européenne ont eu une influence certaine sur les critères de rattachement adoptés. Deux constats s'imposent d'emblée : leur simple lecture révèle que les textes font la part belle aux rattachements territoriaux au détriment de la nationalité, d'une part, et disparaître la notion de

¹²³⁶ Henri BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 1^{ère} éd., LGDJ, 1949, 850 p., spéc. n° 266, p. 286.

domicile¹²³⁷ au profit de celle de résidence habituelle¹²³⁸, d'autre part. C'est finalement à un recul général de l'ensemble des critères traditionnels, considérés comme inadaptés, auquel on assiste aujourd'hui en droit de l'Union européenne, manifestation d'une tendance au relâchement des liens entre une situation et un État membre déterminé. Mais alors que la nationalité, presque ontologiquement suspecte dans le cadre de l'ordre juridique de l'Union européenne¹²³⁹, résiste aux évolutions de la matière tout en étant reléguée à une position subsidiaire (1), le domicile est largement inconnu du droit international privé de la famille de l'Union européenne (2).

1. La place subsidiaire du rattachement à la nationalité

250. Plan. – Si le rattachement à la nationalité a pu souffrir du soupçon que fait peser sur lui le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, sa conformité à ce principe est aujourd'hui avérée (a), et c'est donc dans la politique législative mise en œuvre par le droit de l'Union européenne qu'il faut chercher la justification de son recul (b).

a. La conformité avérée du rattachement à la nationalité au principe de non-discrimination en raison de la nationalité

251. Force du principe de non-discrimination en raison de la nationalité en droit de l'Union européenne. – Dans le cadre d'une organisation d'intégration ayant vocation à construire un espace européen sans frontières intérieures au sein duquel le droit s'applique de façon uniforme, il n'est pas excessif de dire que la nationalité souffre d'une mauvaise réputation. Elle est perçue comme un facteur de division mettant en péril une unité qui, souvent, reste fragile. En droit international privé de la famille, cela s'est traduit dès l'origine par un

¹²³⁷ Le règlement « Bruxelles II bis » fait certes, au titre des critères de compétence générale en matière matrimoniale, référence au « domicile », aux côtés de la nationalité, soit en complément de la résidence habituelle du défendeur s'il y a résidé depuis au moins six mois avant l'introduction de la demande (article 3 § 1, *littera* a, sixième tiret), soit en tant que critère autonome, à condition qu'il s'agisse du domicile commun des époux (article 3 § 1, *littera* b). Il s'agit cependant du domicile tel qu'il est entendu au Royaume-Uni et en Irlande, et donc du domicile d'origine, et non du domicile tel qu'il peut être entendu en droit continental, comme en droit français. À cet égard, si aucune mention ne figure dans le règlement « Bruxelles II bis », le rapport Borrás est sans équivoque : « Le fait que l'on ait prévu la compétence des juridictions de l'État de la nationalité ou du "domicile" des deux époux ne signifie pas que les juridictions peuvent, dans chaque cas, apprécier l'existence de l'un ou l'autre de ces critères. Les États doivent opter pour l'une ou l'autre solution, en fonction de leur ordre juridique interne. Ainsi, la nationalité commune peut être considérée comme un critère acceptable par exemple pour l'Espagne, et le "domicile" pour le Royaume-Uni et l'Irlande » (Rapport explicatif à la convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, élaboré par Mme Alegria Borrás, JOCE, n° C 221/27, 16 juillet 1998, p. 39, point 33).

¹²³⁸ Voir *infra*, n°s 268-271.

¹²³⁹ Voir notamment Jürgen BASEDOW, « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », *RCDIP*, 2010, pp. 427-456, spéc. p. 428 : « le droit de l'Union européenne semble dès sa fondation il y a plus de 50 ans être empreint d'un véritable rejet de la nationalité comme critère de rattachement du domaine d'application des lois nationales et communautaires ».

parallèle fait entre le rattachement à la nationalité et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité. La question de la conformité à ce principe de la règle de conflit bilatérale ayant recours à la nationalité n'est ni nouvelle, ni propre au droit de l'Union européenne, le principe de non-discrimination étant connu du droit interne, du droit international et du droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme et de son interprétation par la Cour de Strasbourg¹²⁴⁰. Cependant, cette question revêt une importance particulière dans le cadre de l'Union européenne, qui a fait du principe de non-discrimination en raison de la nationalité un principe cardinal, consacré à l'article 18 TFUE¹²⁴¹ et auquel l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux consacre son second paragraphe, les autres motifs potentiels de discrimination étant tous visés au paragraphe précédent¹²⁴². L'individualisation formelle de ce critère par rapport aux autres « fondements suspects de traitement différencié »¹²⁴³ n'est pas anodine : elle révèle l'importance particulière que revêt, depuis le traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) et dans toutes les dimensions du droit de l'Union¹²⁴⁴, le

¹²⁴⁰ Voir à ce sujet Henri BATIFFOL, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit international privé français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international. Travaux de l'association Henri Capitant*, Journées de Luxembourg, 1961-1962, t. XIV, Dalloz, 1965, pp. 460-467 ; Patrick KINSCH, « Principe d'égalité et conflit de lois », *Trav. com. fr. DIP*, 2002-2004, pp. 117-144 ; Wilhelm WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *RCDIP*, 1963, pp. 203-231 et pp. 503-527. Sur la position de la Cour européenne des droits de l'homme, voir CEDH, 9 mars 2010, *Ammdjadi c. Allemagne*, aff. 51625/08 et l'article suivant : Patrick KINSCH, « Choice-of-law rules and the prohibition of discrimination under the ECHR », *NIPR*, 2011, pp. 19-24, spéc. p. 20. Voir, posant la question de la conformité des règles de droit international privé au principe de non-discrimination en droit étatsunien, Brainerd CURRIE, Herma HILL SCHRETER, « Unconstitutional discrimination in the conflict of laws : privileges and immunities », *Yale Law Journal*, 1960, vol. 69, n° 8, pp. 1323-1391.

¹²⁴¹ Ex-article 12 TCE.

¹²⁴² Le découpage de l'article 21 semble souligner l'importance particulière accordée au principe de non-discrimination en raison de la nationalité en le séparant des autres motifs de discrimination potentiels :

« 1. Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

2. Dans le domaine d'application des traités et sans préjudice de leurs dispositions particulières, toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite ».

¹²⁴³ Anne PIETER VAN DER MEI, « The outer limits of the prohibition of discrimination on grounds of nationality : a look through the lens of Union citizenship », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, vol. 18, pp. 62-85, spéc. p. 62 : « The list of "suspect" grounds for differential treatments is well-known : nationality, sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age and sexual orientation. Each of these prohibitions has its own constitutional and societal relevance. Formally none of these ranks higher than another » (« La liste des motifs "suspects" de traitements différenciés est bien connue : nationalité, sexe, origine raciale ou ethnique, religion ou croyance, handicap, âge et orientation sexuelle. Chacun de ces fondements trouve sa propre justification constitutionnelle ou sociétale. Officiellement, aucun n'est plus important que les autres ». Traduction libre).

¹²⁴⁴ *Op. cit.*, p. 63 : « It is the only one that was already enshrined in the 1951 Treaty establishing the European Coal and Steel Community and it is this prohibition that has been most instrumental to the overall integration process. The obligation not to discriminate against nationals of other Member States constitutes the rock on which the internal market is built, fosters the notion of an "ever closer union among the peoples of Europe" and forms the very heart of Union citizenship » (« La prohibition des discriminations en raison de la nationalité est la seule qui figurait déjà dans le traité de 1951 établissant la Communauté européenne du charbon et de l'acier et a été de manière générale déterminante dans le processus d'intégration. L'interdiction de discriminer les nationaux des autres États membres est la pierre sur laquelle s'est construit le marché intérieur, encourage l'idée d'une "union toujours plus étroite entre les peuples d'Europe", et constitue le cœur même de la citoyenneté européenne ».

principe de non-discrimination en raison de la nationalité du point de vue de l'ordre juridique de l'Union européenne. Comme le souligne Anne Peter Van der Mei, du point de vue de la construction même de l'ordre juridique de l'Union européenne, la nationalité revêt une place à part : « *[w]ithout the prohibition to discriminate on grounds of race, gender, age and so on, the EU no doubt would have a less social, human and dignified face. Without the prohibition of nationality discrimination however, the EU would probably not even exist or survive. For the EU, that prohibition has both functional and foundational or existential value* »¹²⁴⁵. Dans ces conditions, les discussions suscitées par la rencontre entre ce principe fondamental du droit de l'Union et les règles de conflit en matière de statut personnel n'ont pas surpris.

252. Caractère suspect du rattachement à la nationalité en droit de l'Union européenne. – La suspicion pesant sur le rattachement à la nationalité¹²⁴⁶ parut si évidente que, dès avant l'adoption des règlements européens en matière de conflit de lois, Paul Lagarde estima faible la probabilité de recourir en droit international privé de la famille de l'Union européenne à la nationalité en tant que critère de rattachement principal : « le rattachement à la nationalité véhicule avec lui, à tort ou à raison, comme un soupçon de discrimination, insupportable au sein de l'Union européenne. Si ce rattachement était retenu, des couples ayant leur résidence habituelle dans le même État, demeurant peut-être très près l'un de l'autre, seraient traités différemment »¹²⁴⁷ en matière familiale. Le lien qui unit une personne à son État national paraît donc moins important que l'inconfort qui naitrait du traitement différencié de deux personnes résidant dans le même État membre à raison de leur nationalité. De fait, l'ensemble des règlements adoptés en matière familiale, s'ils ménagent une certaine place à la nationalité, n'en font plus qu'un rattachement subsidiaire. Il convient ainsi de déterminer si cette réticence des institutions européennes à l'encontre de la nationalité paraît justifiée au regard du principe de non-discrimination en raison de la nationalité.

253. Constat unanime de non-contrariété dans la doctrine internationaliste. – En doctrine, le discours relatif à la conformité du rattachement à la nationalité à ce principe n'en est pas resté au stade intuitif puisque de nombreux travaux ont été menés sur ce sujet. Les arguments sont divers, mais il ressort d'une opinion largement partagée par les

Traduction libre). Voir également Johan MEEUSEN, « Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *RCADI*, vol. 353, 2012, pp. 9-184, spéc. pp. 28-29.

¹²⁴⁵ Anne PIETER VAN DER MEI, *op. cit., loc. cit.* : « sans l'interdiction de discriminer en raison de la race, du genre, de l'âge, etc., l'Europe aurait sans aucun doute eu un visage moins social, humain et digne. Mais sans l'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité, l'Union européenne n'aurait probablement pas existé ou survécu. Dans l'Union européenne, cette interdiction a une valeur à la fois fonctionnelle et fondamentale ou existentielle » (traduction libre).

¹²⁴⁶ Voir à ce sujet Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, « Uniform conflict of law rules on divorce and legal separation via enhanced cooperation », *op. cit.*, p. 47.

¹²⁴⁷ Paul LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *op. cit.*, p. 237.

internationalistes privatistes que ce critère ne contrevient pas au principe de non-discrimination. S'agissant des conflits de lois, une thèse, particulièrement développée par Marie-Paule Puljak¹²⁴⁸, met en cause la pertinence d'une confrontation directe de la règle de conflit de lois *bilatérale* au principe de non-discrimination pour différentes raisons. La principale tient au rôle même des règles de conflit de lois, qui poursuivent, en présence d'une diversité législative qu'« elle[s] se borne[nt] à constater préalablement »¹²⁴⁹, la coordination des ordres juridiques. Pour y parvenir, elles rattachent une situation donnée à une loi applicable abstraitement sélectionnée à l'aide d'un critère objectivement déterminé¹²⁵⁰. La méthode conflictuelle est ainsi certes « une méthode de choix, donc d'élection »¹²⁵¹, mais elle n'introduit pas elle-même de disparité de traitement. La neutralité du processus de désignation de la loi applicable qui la caractérise a même pu être présentée comme antinomique avec toute idée de discrimination négative¹²⁵². Dans ce cadre, la nationalité, pour peu qu'elle ne vise pas indûment, dans une situation relationnelle, qu'une seule des personnes qui établit le lien, ne fait ni plus ni moins que n'importe quel autre critère. Certes, le rattachement à la nationalité conduit, d'une situation familiale à une autre, à appliquer des lois différentes à des personnes de nationalité différente, mais cette discrimination doit, *a priori*, être entendue dans son acception neutre, les termes « distinction »¹²⁵³ ou « disparité »¹²⁵⁴ ayant été privilégiés par certains auteurs afin de souligner la neutralité de l'opération. Dès lors, on peut estimer, avec Paul Lagarde, que « si le rattachement à la nationalité apparaît [...] comme discriminatoire [...] tous les rattachements sont discriminatoires »¹²⁵⁵. Patrick Kinsch va même plus loin, en insérant dans un cadre plus général le principe de non-discrimination et la règle de conflit bilatérale : selon lui, « [t]oute différenciation par une règle de droit entre deux ou plusieurs catégories de personnes n'est pas nécessairement une discrimination contraire au principe d'égalité. Les distinctions sont en réalité consubstantielles à n'importe quelle norme générale et impersonnelle : pour définir le

¹²⁴⁸ Marie-Paule PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, 451 p.

¹²⁴⁹ *Op. cit.*, n° 364, p. 187. C'est l'auteure qui souligne.

¹²⁵⁰ Voir en ce sens Brainerd CURRIE, Herma HILL SCHRETER, *op. cit.*, p. 1390.

¹²⁵¹ Intervention de Jean-Marc Bischoff, à la suite de la communication de Patrick Kinsch, « Principe d'égalité et conflits de lois », *op. cit.*, p. 139.

¹²⁵² Johan MEEUSEN, *op. cit.*, p. 43 : « Le fait d'utiliser une approche qui est aveugle sur le plan formel de la désignation de la loi applicable – donc sans tenir compte ni de son origine nationale ou étrangère ni de son contenu – fait échapper cette méthode à un reproche de discrimination structurelle, bien qu'en fin de compte des gens ou des situations juridiques différents puissent être traités de manière différenciée sur le fond ».

¹²⁵³ Patrick KINSCH, *op. cit.*, pp. 118-119.

¹²⁵⁴ Johan MEEUSEN, *op. cit.*, pp. 87-98. L'auteur ne fait cependant pas échapper la règle de conflit à tout contrôle au regard du principe de non-discrimination.

¹²⁵⁵ Intervention de Paul Lagarde, à la suite de la communication de Patrick Kinsch, « Principe d'égalité et conflits de lois », *op. cit.*, p. 136. Partageant ce constat, voir Johan MEEUSEN, *op. cit.*, p. 35 : « l'existence même du droit international privé semble témoigner d'une intention de discriminer, ou, ce qui pourrait être plus précis, de réaliser un traitement juridique différencié en fonction de la présence des éléments étrangers dans des situations factuelles données ».

champ d'application de la norme, il faudra nécessairement indiquer les catégories de situations auxquelles la norme s'applique et celles auxquelles elle ne s'applique pas. La différenciation ne devient discrimination que si elle est illégitime — ou si elle apparaît comme illégitime aux yeux du juge chargé du contrôle de sa conformité au principe d'égalité »¹²⁵⁶. Ainsi, compte tenu de la fonction des règles de conflit de lois, il s'agit, pour ces auteurs, de remettre en cause la pertinence d'un examen de la règle de conflit de lois au regard du principe de non-discrimination, ou plus largement du principe d'égalité¹²⁵⁷.

254. Confrontation du rattachement au principe dans la jurisprudence de la Cour de justice. – *De lege lata*, cette différence entre disparité ou distinction et discrimination est au fondement même du raisonnement de la Cour de justice. Dans le cadre de son analyse du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, elle retient une dualité fondamentale entre les différences de traitement qui résultent du droit interne d'un État membre et celles qui découlent nécessairement de la diversité des droits nationaux de plusieurs États membres¹²⁵⁸. La Cour a pour la première fois esquissé cette distinction en dehors du domaine des conflits de lois, dans un arrêt *Walt Wilhelm*¹²⁵⁹ relatif au droit des ententes. En l'espèce, une juridiction berlinoise a demandé à la Cour si, dans l'hypothèse de procédures parallèles communautaire et interne pouvant aboutir à un cumul de sanctions, des mesures du droit allemand sanctionnant exclusivement les ressortissants allemands et pouvant ainsi « mettre ces derniers dans une position désavantageuse par rapport aux ressortissants d'autres États membres qui se trouvent dans une situation comparable »¹²⁶⁰ sont compatibles avec l'article 7 du traité CEE¹²⁶¹

¹²⁵⁶ Patrick KINSCH, *op. cit.*, pp. 118-119.

¹²⁵⁷ Intervention de Paul Lagarde, à la suite de la communication de Patrick Kinsch, *op. cit.*, pp. 136-137 : « Je crois, nous dit-il, qu'il ne faut pas trop utiliser le principe d'égalité ; certes je ne suis pas contre l'égalité, mais le principe d'égalité conduit dans ces raisonnements-là à condamner toute règle de conflit de lois ». Dans le même sens voir, à la suite de la même communication, les interventions de Jean-Marc Bischoff, pp. 138-139, et de André Huet, p. 140 ; voir également Hélène GAUDEMET-TALLON, « Nationalité, statut personnel et droits de l'homme », *Festschrift für Erik Jayme*, t. I, Munich, Sellier, European Law Publishers, 2004, pp. 205-221, spéc. p. 211 ; Horatia MUIR WATT, « European federalism and the new unilateralism », *Tulane Law Review*, vol. 82, 2008, pp. 1983-1998, spéc. p. 1995 : « *This would seem to suggest that nondiscrimination is a nonstarter as far as choice of law is concerned. It does not mean that a methodology which seeks to protect identity and personal relationships from the adverse effects of cross-border mobility is not desirable. But attempts to use nondiscrimination to that end are largely misguided. As long as pluralism exists in a global world where there is mobility (a right to travel or freedom of establishment), then there must be some means or criteria of differentiation in order to determine the law applicable to cross-border relationships. And, as a matter of ethics or constitution, no one approach is more intrinsically sound than another* » (« Cela suggère que parler de non-discrimination en matière de conflit de lois est un non-sens. Cela ne signifie pas qu'une méthode cherchant à protéger l'identité et les relations personnelles des effets indésirables de la mobilité internationale n'est pas souhaitable. Mais l'on s'égare largement en tentant d'y parvenir en recourant à la non-discrimination. Tant que le pluralisme existe, dans un monde globalisé où les individus sont mobiles (ont le droit de voyager ou la liberté de s'établir), il est nécessaire de disposer d'un outil ou d'un critère de différenciation pour déterminer la loi applicable à une relation transfrontière. Et d'un point de vue éthique ou constitutionnel, aucun n'est intrinsèquement plus justifié qu'un autre ». Traduction libre).

¹²⁵⁸ Marie-Paule PULJAK, *op. cit.*, n° 344, p. 181.

¹²⁵⁹ CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm*, aff. 14/68, *Rec.*, 1969, p. 1.

¹²⁶⁰ *Ibid.*, point 12.

¹²⁶¹ Article 7 du traité CEE : « Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination en raison de la nationalité.

prohibant les discriminations en raison de la nationalité dans le domaine d'application du traité. La Cour commence par rappeler que « l'article 7 du traité CEE interdit à chaque État membre d'appliquer différemment son droit des ententes en raison de la nationalité des intéressés ». Puis, elle encadre le champ d'application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité en affirmant que « l'article 7 ne vise pas les éventuelles disparités de traitement et les distorsions qui peuvent résulter, pour les personnes et entreprises soumises à la juridiction de la Communauté, des divergences existant entre les législations des différents États membres, dès lors que celles-ci affectent toutes personnes tombant sous leur application, selon des critères objectifs et sans égard à leur nationalité »¹²⁶².

L'arrêt n'ayant pas été rendu en matière de conflits de lois, les modalités de sa transposition à ce domaine ont paru, dans un premier temps, incertaines¹²⁶³. En particulier, la question s'est posée de savoir s'il convenait d'assimiler « critères objectifs » et critères de rattachement de la règle de conflit. Une réponse affirmative signifierait que les règles de conflit de lois seraient susceptibles d'un contrôle au regard du principe de non-discrimination en raison de la nationalité¹²⁶⁴ et condamnerait les règles de conflit de lois ayant recours au critère de la nationalité¹²⁶⁵. L'incertitude affectant la portée de la formule et l'effet potentiellement dévastateur pour le statut personnel ont conduit plusieurs auteurs à relativiser l'incidence du principe en cette matière¹²⁶⁶. En particulier, le droit matériel et conflictuel de la famille n'intégrant pas, à l'époque de l'arrêt, le domaine du traité, le rattachement du statut personnel à la nationalité ne serait alors pas menacé par le droit communautaire. Ce raisonnement laisse ainsi entrevoir la possibilité d'une conclusion différente à partir du moment où le droit de l'Union européenne a pris en charge une partie du droit conflictuel de la famille. Cependant, avant même que la Cour ne se prononce directement sur ce point, Marie-Paule Puljak a mis en évidence une interprétation de l'arrêt *Walt Wilhelm* se voulant « plus respectueuse [...] de l'approche du juge communautaire »¹²⁶⁷. L'auteure relève en effet, d'une part, que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité concerne les différences de traitement qui résultent du droit interne d'un même État membre. Or, en présence d'une diversité des législations sur un point donné, la règle de conflit « n'est pas précisément à l'origine de cette disparité de traitement d'un genre particulier. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que dans ce cas, la coexistence de régimes juridiques distincts, à l'intérieur d'un même État membre, ne

Le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, peut prendre, à la majorité qualifiée, toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations ».

¹²⁶² CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm*, précité, point 13.

¹²⁶³ Marie-Paule PULJAK, *op. cit.* n° 352, p. 184.

¹²⁶⁴ *Op. cit.*, n° 354, p. 184.

¹²⁶⁵ *Op. cit.*, n° 353, p. 184.

¹²⁶⁶ *Op. cit.*, n°s 355-356, p. 185 et les auteurs cités.

¹²⁶⁷ *Op. cit.*, n° 362, p. 187.

résulte pas exactement de la seule législation de cet État. Elle trouve bien plutôt sa source dans la diversité des législations des États membres »¹²⁶⁸. D'autre part, les « critères objectifs » auxquels la Cour fait référence concernent le champ d'application du droit interne d'un État membre et ne renvoient pas aux règles de conflit de lois.

Une telle interprétation a par la suite été confirmée par la jurisprudence de la Cour de justice¹²⁶⁹. Dans un premier temps, la Cour a réitéré ce principe dans un arrêt *Hoorn*¹²⁷⁰ rendu à l'occasion de l'application d'un accord conclu en matière de sécurité sociale entre la République fédérale d'Allemagne et les Pays-Bas¹²⁷¹. Une stipulation de cet accord rattachait à un régime d'assurance sociale les travailleurs ayant été employés entre le 13 mai 1940 et le 1^{er} septembre 1945 en fonction de leur nationalité. Cette clause a conduit l'organisme public d'assurance allemand compétent à considérer que M. Hoorn, ressortissant néerlandais, devait être exclu du bénéfice du régime allemand d'assurance sociale et se voir appliquer le droit néerlandais, moins généreux. La décision ayant été contestée devant les juridictions allemandes, la juridiction sociale de Münster a posé à la Cour de justice la question de la compatibilité de cette stipulation avec le principe de non-discrimination en raison de la nationalité. La Cour est ainsi pour la première fois confrontée à une règle de rattachement par la nationalité. Elle réitère à cette occasion la distinction énoncée dans l'arrêt *Walt Wilhelm* en affirmant que « la différence de traitement alléguée ne découle pas de l'accord lui-même, qui se limite à déterminer la loi applicable aux travailleurs concernés, sans préciser l'étendue des prestations. Elle provient plutôt du fait que le législateur néerlandais a fixé, pour les pensions dont il a la charge en vertu de l'accord, un montant différent de celui fixé par le régime allemand d'assurance vieillesse pour les pensions qu'il appartient à ce dernier de liquider »¹²⁷². Elle poursuit son raisonnement par un examen du droit interne, qui seul peut éventuellement faire naître une discrimination prohibée en fonction de la nationalité. Constatant que « la loi néerlandaise ne traite pas différemment, en fonction de leur nationalité, diverses catégories de citoyens communautaires astreints au travail obligatoire »¹²⁷³, la Cour conclut à l'absence de discrimination en raison de la nationalité. L'analyse de la règle de conflit aussi bien que l'examen du droit substantiel néerlandais conduit à considérer que, l'accord n'étant pas à l'origine, par le biais du rattachement à la nationalité, de la différence de traitement, le

¹²⁶⁸ *Op. cit.*, n° 364, p. 187.

¹²⁶⁹ Johan MEEUSEN, *op. cit.*, p. 91 ; Marie-Paule PULJAK, *op. cit.*, n°s 370-388, pp. 190-196.

¹²⁷⁰ CJCE, 28 avril 1994, *Hoorn*, aff. C-305/92, *Rec.*, 1994, p. I-01525.

¹²⁷¹ Article 2 du quatrième accord complémentaire à la convention du 29 mars 1951 entre la République fédérale d'Allemagne et les Pays-Bas portant sur le règlement des droits acquis par les travailleurs néerlandais entre le 13 mai 1940 et le 1^{er} septembre 1945 sous le régime de l'assurance sociale allemande, signé à La Haye, le 21 décembre 1956, *United Nations Treaty Series*, vol. 591, p. 374.

¹²⁷² CJCE, 28 avril 1994, *Hoorn*, précité, point 12. C'est nous qui soulignons.

¹²⁷³ *Ibid.*, point 13.

rattachement n'est pas en cause. Comme le souligne instamment Marie-Paule Puljak, « l'arrêt enseigne que le droit né du traité CE ne se préoccupe pas des procédés de réglementation du conflit de lois, dès lors qu'ils se bornent à désigner la loi interne applicable à la relation juridique. La circonstance qu'en l'occurrence la règle de conflit de lois s'appuyait sur le critère de la nationalité néerlandaise du travailleur n'a exercé aucune espèce d'incidence sur le raisonnement de la Cour. D'ailleurs, si la Cour a écarté toute discrimination, ce n'est pas en raison du caractère prétendument objectif des critères utilisés dans la règle de conflit de lois [...]. L'absence de discrimination est tout simplement liée à la circonstance que l'inégalité de traitement critiquée résulte d'une disparité existant entre les législations des deux États membres. Cette considération réfute donc à elle seule l'analyse en faveur de l'identité des critères intégrés au présupposé de la règle appliquée au fond et des facteurs de rattachement de la règle bilatérale de conflit de lois »¹²⁷⁴.

255. Plusieurs années après la première incursion d'ampleur du droit alors dit communautaire dans le jeu des règles de droit international privé de la famille¹²⁷⁵, le salut définitif de la règle de conflit de lois rattachant les éléments du statut personnel à la nationalité est venu, dans un second temps, de l'arrêt *Grunkin-Paul*¹²⁷⁶, dans lequel la Cour l'exonère directement¹²⁷⁷ de tout reproche vis-à-vis du principe de non-discrimination en raison de la nationalité. En l'espèce, un enfant allemand, né de parents allemands et résidant au Danemark où il est né, s'est vu attribuer par les autorités de ce pays le nom « Grunkin-Paul » en application de la loi danoise selon elles compétente au titre de loi de la résidence habituelle de l'enfant. La famille s'est heurtée à un refus des services de l'état civil allemand de reconnaître le nom de l'enfant tel qu'enregistré par les autorités danoises : le droit allemand considère que le nom est régi par la loi nationale de l'intéressé, la loi allemande en l'espèce, qui, dans ses dispositions matérielles, interdit le port d'un nom double. Après une procédure gracieuse ayant abouti à une déclaration d'incompétence de la Cour de justice, les parents ont demandé l'inscription du nom « Grunkin-Paul » dans les registres de l'état civil allemand. S'étant vu opposer un nouveau refus, le couple a saisi les juridictions allemandes afin qu'elles enjoignent aux services de l'état civil de reconnaître le nom de l'enfant tel que déterminé au Danemark et de l'inscrire à l'état civil allemand. C'est dans ce cadre que la Cour de justice a été compétemment saisie d'une

¹²⁷⁴ Marie-Paule PULJAK, *op. cit.*, n° 376, pp. 191-192. Voir également en ce sens Johan MEEUSEN, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹²⁷⁵ CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis*, aff. C-168/91, *Rec.*, 1993, p. I-01191.

¹²⁷⁶ CJCE, Gr. ch., 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, *Rec.*, 2008, p. I-7639 ; *RCDIP*, 2009, p. 80, note P. LAGARDE ; *JDI*, 2009, comm. 7, p. 203, note L. D'AVOUT.

¹²⁷⁷ La Cour de justice avait préalablement considéré, dans un arrêt *Johannes* (CJCE, 10 juin 1999, C-430/97, *Rec.*, 1999, p. I-03475) que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité « ne fait pas obstacle à ce que le droit d'un État membre prenne en considération la nationalité des époux en tant que facteur de rattachement permettant de déterminer le droit matériel national applicable aux effets d'un divorce » (point 28) compte tenu du fait que cette question ne faisait alors pas partie du domaine d'application du traité (point 27).

question préjudicielle relative, notamment, à la compatibilité de la règle de conflit allemande en matière de nom au principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Lapidaire dans son analyse¹²⁷⁸, elle considère que « dès lors que ledit enfant et ses parents ne possèdent que la nationalité allemande et que, pour l'attribution du nom patronymique, la règle de conflit allemande en cause au principal se réfère au droit matériel allemand en matière de noms, la détermination du nom de cet enfant en Allemagne conformément à la législation allemande ne saurait constituer une discrimination en raison de la nationalité »¹²⁷⁹. La Cour est laconique ; mais en affirmant que le rattachement sert ici à désigner le droit matériel applicable en matière de nom et en détermine donc le régime, elle s'inscrit dans la droite ligne de ses précédentes décisions, faisant apparaître que la discrimination est caractérisée lorsqu'elle conduit à une faveur ou un refus de droit¹²⁸⁰.

256. Conclusion. – Au terme d'une longue évolution jurisprudentielle et de sentiments partagés de la doctrine sur cette question, il semble possible de constater de façon définitive que « [l]a Cour de justice lave ainsi le traditionnel rattachement du statut personnel à la loi nationale de tout soupçon de discrimination »¹²⁸¹, qui ne peut donc être la cause de sa rétrogression en droit international privé de l'Union.

b. Une subsidiarité justifiée par la politique législative favorable à la libre circulation des personnes

257. Le législateur européen a, dès l'origine, réservé une place au rattachement à la nationalité dans les règlements adoptés en matière familiale, si bien que du règlement « Bruxelles II *bis* », auquel succèdera le règlement « Bruxelles II *ter* » à partir du 1^{er} août 2022, aux règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », la nationalité peut conduire à la détermination du juge compétent et de la loi applicable. Cependant, la nationalité n'est pas perçue comme le facteur de rattachement principal des questions familiales et l'acception qui en est retenue par la Cour de justice à l'occasion de l'interprétation des règlements conduit à en modifier le sens traditionnel, si bien que l'affaiblissement du critère est patent.

258. Dépréciation symbolique du rattachement à la nationalité. – Le recul du rattachement à la nationalité peut tout d'abord n'être que formel, suggéré de façon symbolique. Cela ressort de l'agencement des critères dans les règles de conflit dans lesquelles intervient la

¹²⁷⁸ Voir, critiquant la brièveté des développements de la Cour, Johan MEEUSEN, *op. cit.*, pp. 87-90.

¹²⁷⁹ CJCE, Gr. ch., 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, précité, point 20.

¹²⁸⁰ En ce sens, voir P. LAGARDE, note sous CJCE, Gr. ch., 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, précité, *RCDIP*, 2009, pp. 80-93, spéc. n° 5, pp. 89-90.

¹²⁸¹ *Op. cit.*, n° 5, p. 89.

volonté de l'une ou des deux parties, *i.e.* les règles de conflit reposant sur des critères alternatifs qui, *de facto*, offrent un choix au demandeur, et les règles relevant de la *professio juris*. Les premières, en droit de l'Union européenne, concernent tout particulièrement la compétence juridictionnelle. Ainsi, le règlement « Bruxelles II *bis* » prévoit, en matière de divorce, la compétence des juridictions d'un État membre désignées alternativement par la résidence habituelle, diversement qualifiée, ou par la nationalité des époux¹²⁸². Certes, la Cour de justice a eu l'occasion de rappeler que l'article 3 du règlement n'établit aucune hiérarchie entre les critères proposés¹²⁸³, et la nationalité jouit dans ce texte d'un meilleur statut qu'en droit international privé commun français de la compétence en matière de divorce, dans lequel la nationalité commune des époux ne constitue pas un critère¹²⁸⁴. Mais, d'une part, la position formellement seconde de la nationalité, derrière une résidence habituelle déclinée de six manières différentes¹²⁸⁵, et, d'autre part, la mise sur un pied d'égalité de la nationalité commune des époux avec, par exemple, « la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande »¹²⁸⁶, critère qui repose sur des liens plus que ténus avec le couple, suggèrent une forte inclination pour la résidence habituelle et une remise en cause de la valeur particulière qui peut être attribuée à la nationalité dans les droits nationaux de certains États membres.

Ce mouvement est par ailleurs renforcé par le fait que les règlements offrant une option de loi ou une élection de for suivent systématiquement ce même schéma¹²⁸⁷. Il n'est guère que le protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires pour faire exception, qui ouvre sa liste de lois offertes au choix des parties par la loi nationale de l'une des parties au moment de la désignation¹²⁸⁸. De même, la solution adoptée en matière de conflit de lois dans le règlement « Successions » interroge : tandis que l'ensemble des règlements qui prévoient au profit des parties la possibilité de choisir la loi applicable à leurs rapports l'ont, de façon

¹²⁸² Articles 3 des règlements « Bruxelles II *bis* » et « Bruxelles II *ter* ». Ces dispositions reprennent, sans la modifier, celle qui figure à l'article 2 du règlement « Bruxelles II ».

¹²⁸³ CJCE, 16 juillet 2009, *Hadadi*, précité, point 48. Voir *supra*, n° 216.

¹²⁸⁴ L'article 1070 du Code de procédure civile fonde la compétence juridictionnelle sur la résidence de l'une ou des deux parties selon les cas.

¹²⁸⁵ Sur ce point, voir Marco RAITERI, « Citizenship as a connecting factor in private international law for family matters », *JPIL*, 2014, vol. 10, n° 2, pp. 309-334, spéc. p. 313.

¹²⁸⁶ Article 3 § 1, *littera* a, cinquième tiret.

¹²⁸⁷ S'agissant du conflit de lois, articles 5 du règlement « Rome III », 22 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » ; en matière de compétence juridictionnelle, articles 3 du règlement « Bruxelles II *ter* », 4 du règlement « Aliments », 7 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ». Ces deux derniers textes, bien que mettant principalement en œuvre un *forum legis*, obéissent à la même logique au travers des règles de conflit de lois auxquelles il est renvoyé (articles 22 et 26 de ces mêmes règlements).

¹²⁸⁸ Article 8 § 1, *littera* a du protocole « Aliments ». La discordance entre ce texte et les règlements adoptés au sein de l'Union européenne s'explique sans doute par le fait que le premier a été élaboré au sein de la Conférence de La Haye, cadre institutionnel dépassant celui de l'Union européenne.

symbolique, mise en avant par une position liminaire¹²⁸⁹ lui donnant des airs de règle de principe, le règlement « Successions » a procédé de façon inverse. Dans ce texte, l'article 21 consacre la compétence de principe de la loi de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès, tandis que l'article 22 offre une possibilité de choix de loi, qui de façon remarquable ne peut s'exercer qu'au profit de la loi nationale de l'intéressé au moment du choix ou au moment de son décès. Ainsi, comme l'indique le préambule du règlement, la résidence habituelle est « le facteur général de rattachement »¹²⁹⁰, le choix de loi étant formellement et conceptuellement secondaire. Ce procédé peut cependant s'expliquer par la volonté de parer d'une certaine sobriété une *professio juris* qui constitue, en matière successorale, une solution nouvelle et sans doute audacieuse pour plusieurs États membres.

259. Dépréciation objective du critère. – Mais le recul de la place de la nationalité au sein du système conflictuel de l'Union européenne par rapport à celle qu'elle occupe dans le système de droit commun apparaît de manière plus concrète à la lecture des règles de conflit objectives qui révèle, sans doute possible, la place subsidiaire sinon résiduelle occupée par la nationalité au sein du système conflictuel de l'Union européenne en matière familiale.

En matière de compétence juridictionnelle, la solution ne surprend certes pas l'internationaliste français et ne revêt pas la même signification qu'en matière de conflit de lois. Les règles de compétence internationale de droit commun ne reposent pas, en effet, sur la détermination du lien « qui paraît le plus significatif »¹²⁹¹ mais sur des considérations matérielles liées à la commodité des plaideurs et à la bonne administration de la justice ; elles n'attribuent qu'une place subsidiaire à la nationalité. Mais certaines caractéristiques des règles européennes de compétence internationale sont révélatrices de la place accordée à ce critère. Ainsi, la compétence subsidiaire des juridictions de l'État de la nationalité commune des parties résulte de l'article 6 du règlement « Aliments », mais il est remarquable que cet article prévoit que cette compétence ne joue, non seulement qu'à défaut d'élection de for et de désignation d'une juridiction compétente par l'un des critères objectifs prévus par le règlement, mais aussi de façon subsidiaire par rapport à la compétence fondée sur la comparution du défendeur. Même

¹²⁸⁹ Les articles 5 du règlement « Rome III » et 22 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » concernent le choix de loi applicable ; les articles 8 du règlement « Rome III » et 26 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » désignent objectivement la loi applicable. À nouveau, seul le protocole de La Haye échappe à cet ordonnancement (l'article 3 désignant la loi objectivement applicable et l'article 8 faisant état de la *professio juris*).

¹²⁹⁰ Considérant 23 du règlement « Successions ». Cela ressortait déjà de la proposition de règlement en matière successorale dans laquelle la Commission affirmait que la possibilité de choisir la loi nationale « doit être appréciée en rapport avec la règle générale qui conduit à l'application de la loi de la résidence » : Commission des Communautés européennes, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, précitée, p. 6.

¹²⁹¹ Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *Droit international privé*, LGDJ, Lextenso, 12^{ème} éd., 2019, 790 p., spéc. n° 288, p. 199.

en matière de compétence juridictionnelle, une telle solution, qui conduit à considérer la nationalité commune moins pertinente qu'un titre de compétence pouvant être fortuit, interpelle.

En matière de conflit de lois, la règle de conflit objective à rattachements hiérarchisés du règlement « Rome III » ne fait intervenir la loi nationale commune des époux qu'en troisième rang, c'est-à-dire après la défaillance de deux critères qui sont des déclinaisons de la résidence habituelle¹²⁹². La position est d'autant plus notable que la loi nationale commune semble constituer le principe en droit commun dans la plupart des États membres¹²⁹³. De même, s'agissant des régimes matrimoniaux, la loi nationale commune des époux au moment de la célébration du mariage ne peut être objectivement appliquée qu'à défaut de première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage. Enfin, ni le règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », ni le règlement « Successions » ne retiennent la loi nationale respectivement des partenaires ou du défunt en tant que critère objectif de désignation de la loi applicable. Il est vrai que cette absence dans le premier cas paraît justifiée, au vu de l'importante diversité de conceptions de cette union d'un État membre à l'autre, certains États restreignant fortement ses effets sur le statut des partenaires, d'autres en faisant découler un statut très complet. Mais dans le règlement « Successions », compte tenu de la possibilité pour une personne de choisir sa loi nationale au moment du choix ou au moment de son décès, l'absence du critère de la nationalité dans la règle de conflit objective paraît plus étonnante. On peut d'autant plus la déplorer que la rédaction de l'article 21 du règlement « Successions » peut conduire à des situations complexes. Cette disposition prévoit en effet, en sus du critère de principe, une clause d'exception¹²⁹⁴, qui doit permettre au juge, constatant l'existence de liens manifestement plus étroits entretenus par le défunt avec un État autre que celui de sa résidence

¹²⁹² Article 8, *litterae* a, b et c du règlement « Rome III ». Ce n'est que si aucune loi n'est désignée par application du critère de la résidence habituelle commune des époux au moment de la saisine de la juridiction, puis de celui de la dernière résidence habituelle des époux ayant pris fin moins d'un an avant la saisine de la juridiction et demeurant celle de l'un des époux au moment de la saisine de la juridiction, que la loi nationale commune des époux peut être appliquée.

¹²⁹³ Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, « Uniform conflict of law rules on divorce and legal separation via enhanced cooperation », *op. cit.*, p. 44 : « the Member States could be divided into two groups when determining the applicable law to divorce and legal separation : one group of States that determined the applicable law on the basis of a scale of connecting factors, in which preference is normally given to the spouses' common nationality ; and a smaller second group of States that applied systematically the *lex fori*. The Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation dismisses both traditions, forcing Member States to deal with a new legal position » (« En ce qui concerne la loi applicable au divorce et la séparation de corps, les États membres peuvent être répartis en deux groupes : un groupe d'États détermine la loi applicable à partir d'une échelle de facteurs de rattachement, parmi lesquels la nationalité commune des époux est en principe privilégiée ; un second groupe d'États moins nombreux applique systématiquement la *lex fori*. Le 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 a rejeté ces deux traditions, obligeant les États membres à appliquer un nouveau principe de solution ». Traduction libre).

¹²⁹⁴ Article 21 § 2 du règlement « Successions ».

habituelle au moment de son décès, d'appliquer la loi de cet État. Selon Paul Lagarde, « [l']hypothèse visée est celle d'une résidence habituelle acquise par le défunt peu avant son décès et avant qu'il y ait transféré l'ensemble de ses intérêts »¹²⁹⁵. Le jeu de la clause d'exception nécessite un examen comparatif des liens entretenus par le défunt avec l'État de sa résidence habituelle au moment de son décès, d'une part, et avec l'État qui aurait avec lui des liens plus étroits, d'autre part. Il suppose donc, par hypothèse, l'existence d'une résidence habituelle du défunt au moment de son décès. Pourtant, l'éventualité inverse pourrait se présenter, dans laquelle le défunt ne disposait pas, au moment de son décès, de résidence habituelle. Un tel cas ne semble pas avoir été envisagé par le texte, alors même qu'il conduirait à la défaillance de la règle principale, à la neutralisation de la clause d'exception et finalement à l'impossibilité de désigner une loi compétente.

260. Causes du recul du critère. – Il résulte de l'ensemble de ces éléments que la nationalité est considérée, dans l'ordre juridique de l'Union européenne comme un critère certes justifié, mais secondaire en matière familiale. Cette position ne pouvant être expliquée par une quelconque incidence du principe de non-discrimination en raison de la nationalité sur les règles de conflit, il faut en rechercher l'explication dans la politique législative mise en œuvre par les règlements afin de favoriser la libre circulation des personnes. Elle ressort cependant bien plus de l'analyse des raisons qui motivent le rattachement principal à la résidence habituelle ou à la volonté des intéressés¹²⁹⁶ que de prises de position allant ouvertement à l'encontre de la nationalité. Dans un premier temps, le recul de la nationalité apparaît déterminant du point de vue du compromis recherché par les institutions européennes afin d'uniformiser les règles de conflit. La nationalité est en effet, s'agissant des critères de rattachement, l'un des grands principes en matière de statut personnel, concurrençant traditionnellement le domicile dans les États de tradition romano-germanique, et la *lex fori* privilégiée par les États de *common law*. Cantonner la nationalité à une position subsidiaire permet de faciliter l'accord des États membres en ne retenant pas un principe qui serait perçu comme avantageant certains d'entre eux au détriment des autres, et de parvenir plus facilement à l'unification des règles de conflit. Dans un processus d'intégration impliquant autant d'États, la dimension transactionnelle, versant négatif de la justification, ne doit pas être négligée.

Dans un second temps cependant, il faut envisager la justification positive du recul de la nationalité. En effet, la signification du rattachement à la nationalité en droit international privé de l'Union européenne est modelée par la volonté d'établir, dans le cadre de la construction de

¹²⁹⁵ Paul LAGARDE, V° « Règlement n° 650/2012 sur les successions », *Répertoire de droit international*, Dalloz, septembre 2014, n° 81.

¹²⁹⁶ Pour une analyse des motifs qui ont fondé le choix de ces rattachements en droit international privé de la famille de l'Union, voir *infra*, n°s 267-275.

l'espace de liberté, de sécurité et de justice, du point de vue des citoyens européens, une équivalence entre les États membres¹²⁹⁷. La recherche d'une telle équivalence conduit à amenuiser les liens qui rattachent les individus à un État déterminé¹²⁹⁸, en particulier le lien national, ou plutôt à le *banaliser* parmi d'autres liens. Ainsi, si la nationalité n'a pas été entièrement abandonnée en tant que critère de rattachement en matière familiale, c'est parce que le droit de l'Union européenne lui reconnaît signifier un lien étroit entre un État et une personne ou une situation. Cela a été affirmé de façon particulièrement claire par la Commission européenne dans sa proposition de règlement en matière successorale : la proposition d'offrir à une personne la possibilité de choisir sa loi nationale afin de régir sa succession s'explique par le fait que « [c]e choix permet au testateur ayant bénéficié de la libre circulation offerte dans l'Union, mais soucieux de *conserver des liens étroits avec son pays d'origine, de préserver ces liens culturels* à travers sa succession »¹²⁹⁹. Mais, contrairement à la conception traditionnelle qui fait d'elle un lien fondamental entre une personne et un État, la nationalité représente en droit de l'Union un *indice d'intégration parmi d'autres*. En effet, d'une part, la Commission précise, dans sa proposition de règlement en matière successorale, que la possibilité de choisir la loi nationale « doit être apprécié[e] en rapport avec la règle générale qui conduit à l'application de la loi de la résidence »¹³⁰⁰. D'autre part, dans un arrêt du 2 avril 2009¹³⁰¹, à l'occasion de l'analyse de la résidence habituelle de l'enfant au sens du règlement « Bruxelles II bis », la Cour de justice a considéré la nationalité comme un indice de l'intégration d'un enfant dans un « environnement social et familial »¹³⁰². Les juges de Luxembourg, interrogés sur la notion de « résidence habituelle » au sens de l'article 8 § 1 du règlement, ont considéré que cette dernière « doit être interprétée en ce sens que cette résidence correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. À cette fin, doivent notamment être pris en considération la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État membre et du déménagement de la famille dans cet État, la

¹²⁹⁷ Sur le postulat d'une équivalence entre les ordres juridiques des États membres, en particulier dans leur dimension judiciaire, voir *infra*, n^{os} 329-338.

¹²⁹⁸ Voir, sur les raisons motivant l'introduction de l'autonomie de la volonté en droit international privé de la famille, Cyril NOURISSAT, « De quelques rattachements en droit international privé communautaire », in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 731-756, spéc. p. 753.

¹²⁹⁹ Commission des Communautés européennes, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, précitée, p. 6. C'est nous qui soulignons. Voir, considérant que le droit de l'Union reconnaît une dimension « proximate » au rattachement à la nationalité, Jürgen BASEDOW, « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 448-449 ; Johan MEEUSEN, *op. cit.*, p. 98.

¹³⁰⁰ Commission des Communautés européennes, Proposition précitée, *loc. cit.*

¹³⁰¹ CJCE, 2 avril 2009, aff. C-523/07, *Rec.*, 2009, p. I-2805 ; *D.*, 2009, p. 1149 ; *Ibid.*, 2010, p. 1585, obs. P. COURBE, F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.*, 2009, p. 294, étude A. BOICHÉ ; *RCDIP*, 2009, p. 791, note E. GALLANT ; *RTD civ.*, 2009, p. 714, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.*, 2010, p. 421, chron. M. DOUCHY-LOUDOT, E. GUINCHARD.

¹³⁰² CJCE, 2 avril 2009, précité, point 44.

nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de sa scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant avec ledit État »¹³⁰³. Dès lors, la nationalité n'est plus seulement un rattachement parmi d'autres, aux côtés de la résidence habituelle. Elle est aussi, de manière plus générale, un indice d'intégration parmi d'autres, ni plus ni moins importante que d'autres *en tant qu'elle participe à caractériser la résidence habituelle*.

Une telle conception peut expliquer certains choix quant à la qualification de la nationalité. Ainsi de la possibilité offerte par l'article 5 § 1, *littera c* du règlement « Rome III » de choisir la loi nationale de *l'un des époux* – et non la loi nationale commune – *au moment de la conclusion de la convention* en matière de divorce et de séparation de corps. La signification de la nationalité dans ce texte ne correspond pas à celle que le rattachement revêt traditionnellement en droit international privé de la famille. La nationalité de l'un des époux n'est en effet pas un critère qui signifie un lien fort du couple avec l'État qu'elle désigne¹³⁰⁴, non seulement parce qu'elle n'en concerne que l'un des membres, mais aussi parce qu'elle peut ne plus correspondre à la nationalité de l'époux en question au moment du divorce, soit qu'il l'ait répudiée, soit qu'il en ait été déchu. Elle constitue en revanche un indice de liens entretenus par l'un des époux avec un État donné, qui ne correspondent pas à l'exigence de liens « étroits » avec le couple, mais à celle de moindre intensité de liens « particuliers » qui, selon les termes du considérant 16 du règlement « Rome III », paraît suffisante en droit de l'Union¹³⁰⁵.

Le même phénomène ressort également de la solution retenue par le protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires¹³⁰⁶. Ce texte permet aux parties de choisir la loi applicable à leurs relations alimentaires et notamment celle de la nationalité de l'une ou l'autre partie¹³⁰⁷. Il ne s'agit plus de recourir à la nationalité en tant que loi du lien qui unit le créancier et le débiteur d'aliments, filiation ou mariage en général, mais de permettre la désignation d'une loi familière au moins pour l'une des parties et qui permettra aussi bien à l'une qu'à l'autre de disposer d'une certaine prévisibilité. Cet objectif semble ainsi progressivement dissocié de la localisation de la situation qu'il surpasse finalement, en ce qu'il est perçu comme une garantie de la libre circulation de l'individu. Dans ce contexte, la

¹³⁰³ CJCE, 2 avril 2009, précité, points 39 et 44. C'est nous qui soulignons.

¹³⁰⁴ En ce sens, voir Petra HAMMJE, « Le nouveau 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 », *RCDIP*, 2011, pp. 291-338, spéc. n° 24, p. 314.

¹³⁰⁵ Voir sur ce point Gwendoline LARDEUX, « Rome III est mort. Vive Rome III ! », *D.*, 2011, pp. 1835-1841, spéc. p. 1840.

¹³⁰⁶ Le protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, porteur du même schéma, révèle le recul de la dimension localisatrice de la nationalité en droit international privé supranational de manière générale.

¹³⁰⁷ Article 8 § 1, *littera a* du Protocole.

signification des liens entretenus avec l'État national n'est plus une considération de première importance, ce qui peut paraître paradoxal. En effet, si la loi nationale de l'un des époux peut être choisie, c'est précisément en raison de son caractère familial pour l'une des parties. Or, cette familiarité, dont découle la prévisibilité pour la partie concernée, témoigne des rapports que la nationalité entretient avec l'identité de la personne¹³⁰⁸. Néanmoins, s'agissant de l'époux de nationalité différente dont la nationalité n'aura pas été choisie, la prévisibilité ne résulte pas de la familiarité de la loi nationale choisie, mais du choix lui-même. C'est donc le sens même du rattachement à la nationalité qui se trouve transformé. La loi nationale n'est pas ici une loi du lien qui tire sa légitimité de sa familiarité pour les deux époux. C'est une loi qui peut n'avoir jamais eu aucune signification particulière pour l'un des époux et ne plus en avoir pour l'autre, et dont la légitimité repose dès lors plus sur son identification *a priori* que sur ce qu'elle signifie pour le couple.

261. Influence de la promotion de la citoyenneté européenne. – Cette évolution des liens entre les intéressés et leur État national semble pouvoir être envisagée en relation avec le développement de la citoyenneté européenne. Du point de vue de la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne et du développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la nationalité des États membres constitue avant tout la voie d'accès au statut de citoyen de l'Union européenne, qui, ainsi que l'a affirmé la Cour de justice, « a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique »¹³⁰⁹. Parmi les éléments constitutifs de ce statut de citoyen européen figure la circulation du statut personnel de l'individu. Il a ainsi pu être considéré en doctrine que « le rôle de la nationalité en tant que tremplin vers la citoyenneté européenne tend à éclipser son rôle localisateur : ce sont les droits attachés à la qualité de citoyen qui l'emportent – lesquels impliquent une circulation du statut individuel – et non le caractère significatif des liens entretenus avec un État membre en particulier »¹³¹⁰. Si ce raisonnement revêt une valeur explicative certaine, son bien-fondé nous paraît en revanche contestable. D'une part, fondamentalement, il peine à convaincre, dès lors que si la qualité de national d'un État membre emporte à elle seule celle de citoyen de l'Union européenne, c'est précisément en raison de l'importance de ce lien entre l'individu et l'État en

¹³⁰⁸ Sur ces rapports et leur rôle dans la construction du droit international privé traditionnel, voir *supra*, n^{os} 48-50, 138-140.

¹³⁰⁹ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.*, 2001, p. I-6193, point 31. Voir la présentation et les commentaires de l'arrêt : *D.*, 2001, p. 2943 ; *Dr. soc.*, 2001, p. 1103, note J.-P. LHERNOULD ; *RDSS*, 2002, p. 396, obs. I. DAUGAREILH ; *RTD eur.*, 2003, p. 553, note F. DAVID.

¹³¹⁰ Petra HAMMJE, « Libres propos sur les interactions entre qualification et ordre public », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, *op. cit.*, pp. 867-887, spéc. n^o 36, p. 886.

cause. D'autre part, et de manière contingente, il faut noter que la justification atteint ses limites s'agissant des ressortissants d'États tiers qui, du fait du caractère universel des règlements de droit de l'Union européenne en matière de conflit de lois, sont affectés par cette interprétation de la nationalité alors même qu'ils ne disposent pas de la citoyenneté européenne.

Par ailleurs, l'influence de la citoyenneté européenne sur le sens du rattachement à la nationalité¹³¹¹ est également perceptible dans les solutions relatives aux conflits de nationalités, en particulier lorsque ces derniers concernent les nationalités de deux États membres. Dans ce cas, en effet, la Cour, en rejetant le principe de la primauté de la nationalité du for sans pour autant proposer un autre principe de solution¹³¹², conduit à accorder à l'individu un choix entre ses deux nationalités¹³¹³. En ne faisant plus reposer la solution du conflit de nationalités sur un critère objectif — principe de primauté de la nationalité du for ou principe de primauté de la nationalité la plus effective —, et donc en faisant disparaître toute appréciation relative à la signification du lien instauré par la nationalité entre un État et un individu, la Cour contribue à encadrer le sens du rattachement à la nationalité, y compris dans les règles de conflit de lois qui relèvent du droit international privé commun des États membres. La solution vaut, *a fortiori*, lorsque le rattachement à la nationalité est employé dans un règlement européen en matière de conflit de lois, ce que rappelle la formule devenue rituelle dans les textes adoptés en matière conflictuelle selon laquelle « [l]orsque, aux fins de l'application de la loi d'un État, le présent règlement fait de la nationalité un critère de rattachement, la gestion des cas de pluralité de nationalités devrait relever du droit national, dans le plein respect des principes généraux du droit de l'Union européenne »¹³¹⁴.

262. La limite d'un tel raisonnement semble avoir été récemment atteinte : l'article 26 du règlement « Régimes matrimoniaux » consacré à la loi objectivement applicable prévoit, à défaut de première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage, la compétence de la loi nationale commune des époux au moment de la célébration du mariage. À défaut, le juge devra rechercher la loi avec laquelle « les époux ont *ensemble* les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances »¹³¹⁵. Néanmoins, le deuxième paragraphe de l'article précise que « [l]orsque les époux ont plus d'une nationalité commune au moment de la célébration du mariage », ce critère

¹³¹¹ En ce sens, Petra HAMMJE, *op. cit.*, n° 36, p. 885.

¹³¹² CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, précité.

¹³¹³ Petra HAMMJE, *op. cit.*, n° 36, pp. 885-886.

¹³¹⁴ Considérant 22 du règlement « Rome III ». Les considérants 50 et 49 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », respectivement, adoptent une formulation similaire.

¹³¹⁵ C'est nous qui soulignons.

ne peut conduire, de façon autonome¹³¹⁶, à la désignation de la loi applicable. La situation de double nationalité commune, déjà complexe à résoudre selon les critères traditionnels de résolution du conflit de nationalités, semble en effet inextricable en suivant les solutions rendues par la Cour de justice. Comme le constate Natalie Joubert, « la double nationalité commune des époux multiplie les hypothèses de sorte qu'il est impossible de fixer la loi applicable au régime. Le règlement aurait pu bien sûr s'inspirer de la jurisprudence de la Cour de justice qui interdit de faire prévaloir l'une des nationalités lorsque les deux nationalités sont celles d'un État membre, mais cela aurait rendu la tâche de l'interprète difficile et peu fiable. Le législateur a donc purement et simplement supprimé le critère de rattachement lié à la nationalité lorsqu'il ne remplissait pas les conditions d'un critère de compétence fiable et prévisible »¹³¹⁷.

263. Conclusion. – Le rattachement à la nationalité se trouve donc profondément transformé et adapté aux objectifs poursuivis par les règlements de droit international privé de l'Union européenne de la famille, qui, pour les atteindre, font disparaître ses spécificités à défaut de le faire disparaître entièrement au même titre que le domicile.

2. La disparition du rattachement au domicile

264. Constat. – La question de la place du rattachement au domicile en droit international privé de l'Union européenne n'est certainement pas aussi complexe que celle qui survient quant à la nationalité, et pour cause : à l'exception de la question de la validité formelle des testaments¹³¹⁸, le rattachement au domicile a été purement et simplement abandonné en matière familiale, aussi bien dans le domaine de la compétence juridictionnelle que dans celui du conflit de lois. À cet égard, la référence, à l'article 3 § 1, *littera* a, sixième tiret, et *littera* b du règlement « Bruxelles II bis »¹³¹⁹, au « domicile » dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande ne doit laisser subsister aucun doute : il s'agit ici de tenir compte de la spécificité de la tradition des pays de *common law* qui rattachent traditionnellement le statut personnel au domicile d'origine et ne connaissent pas le rattachement à la nationalité. Ce critère n'intervient donc pas en sus de la nationalité et selon l'acception retenue par les droits continentaux, mais *à la place* de la nationalité, et uniquement dans les deux États membres visés par le règlement. À cet égard, si

¹³¹⁶ Il est permis de considérer que l'une des lois nationales communes des époux peut servir à l'identification de la loi de l'État « avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances », au sens de l'article 26 § 1, *littera* c du règlement « Régimes matrimoniaux ».

¹³¹⁷ Natalie JOUBERT, « La dernière pierre (provisoire ?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *RCDIP*, 2017, pp. 1-26, spéc. n° 58, p. 21.

¹³¹⁸ Article 27 § 1, *littera* c du règlement « Successions ».

¹³¹⁹ Voir de même, l'article 2, *littera* a, sixième tiret, et *littera* b du règlement « Bruxelles II ».

aucune mention ne figure dans le règlement « Bruxelles II *bis* », le rapport Borrás relatif à la Convention de Bruxelles II est sans équivoque : « [l]e fait que l'on ait prévu la compétence des juridictions de l'État de la nationalité ou du "domicile" des deux époux ne signifie pas que les juridictions peuvent, dans chaque cas, apprécier l'existence de l'un ou l'autre de ces critères. Les États doivent opter pour l'une ou l'autre solution, en fonction de leur ordre juridique interne. Ainsi, la nationalité commune peut être considérée comme un critère acceptable par exemple pour l'Espagne, et le "domicile" pour le Royaume-Uni et l'Irlande »¹³²⁰.

La disparition du domicile est encore plus évidente dans les règlements qui ont suivi. Tout d'abord, alors même que l'Irlande puis le Royaume-Uni¹³²¹ ont fait valoir leur faculté d'*opt-in* s'agissant du règlement « Aliments », ce texte ne contient de référence au domicile au sens des pays de *common law* dans aucune de ses dispositions ; il faut se reporter au considérant 18 du règlement afin de lire qu'« [a]ux fins de l'application du présent règlement, il convient de prévoir qu'en Irlande, la notion de "nationalité" est remplacée par la notion de "domicile" »¹³²². Le règlement « Bruxelles II *ter* », ensuite, ne fait pas figurer formellement la notion de « domicile » à l'article 3 qui énonce les critères de compétence en matière de désunion. Il introduit cependant une précision liminaire à l'article 2 § 3 selon laquelle, aux fins de l'article 3 notamment, « la notion de "domicile" remplace la notion de "nationalité" dans le cas de l'Irlande et du Royaume-Uni, et a la même signification qu'en vertu de chacun des systèmes juridiques de ces États membres ». Enfin, l'Irlande et le Royaume-Uni n'ayant pas exercé leur faculté d'*opt-in* s'agissant des règlements « Rome III », « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », la notion de domicile, même entendue comme domicile d'origine, ne figure dans aucun de ces textes.

265. Causes. – La disparition totale du domicile au sens du droit continental peut surprendre au regard du mouvement de soutien dont il a bénéficié en droit international privé commun¹³²³. Elle s'explique par la combinaison de la recherche d'un compromis entre des États partagés entre nationalité et domicile, et des difficultés doctrinales à forger une signification propre à la

¹³²⁰ Rapport explicatif à la convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, élaboré par Mme Alegria Borrás, précité, point 33, p. 39.

¹³²¹ Si le Royaume-Uni n'a originellement pas participé à l'adoption du règlement « Aliments », il a notifié dans un second temps son intention de l'accepter : décision de la Commission du 8 juin 2009 sur l'intention du Royaume-Uni d'accepter le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JOUE, n° L 149/73, 12 juin 2009.

¹³²² Il faut considérer que le principe est le même concernant le Royaume-Uni dès lors que cet État a accepté de participer à ce règlement postérieurement à son adoption.

¹³²³ Sur la place du rattachement au domicile en droit international privé de la famille commun, voir *supra*, n°s 117-136.

notion¹³²⁴, distincte de celle de la résidence habituelle. Face à ces difficultés, c'est d'ailleurs cette dernière notion qui a été retenue, en matière de compétence internationale des juridictions ou des autorités comme en matière de conflit de lois, en tant que critère territorial de rattachement et en tant que rattachement de principe dans les différentes conventions adoptées en matière familiale dans le cadre de la Conférence de La Haye¹³²⁵. Ces conventions, qui constituent les premières tentatives d'uniformisation conflictuelle d'ampleur, ne font aucune référence au domicile. Dans ce contexte, il a généralement été considéré que la résidence habituelle s'est substituée au domicile dont elle représenterait, à grands traits et malgré la persistance de différences¹³²⁶, l'équivalent¹³²⁷.

266. Conclusion. – Transition. – La disparition formelle du domicile en droit international privé de la famille de l'Union européenne s'expliquerait ainsi principalement par les avantages attribués à la résidence habituelle. Pourtant, ces avantages se confondant largement avec ceux qui étaient antérieurement attribués au domicile, si les deux notions étaient réellement équivalentes, il faudrait en conclure, semble-t-il, que la faveur du droit de l'Union pour la résidence habituelle reviendrait, en définitive, à une consécration du rattachement au domicile. Le domicile, cependant, ne permet pas d'assurer « l'impératif de mobilité »¹³²⁸ que le droit de

¹³²⁴ Sur l'échec des tentatives de définition d'un domicile international, voir Anne RICHEZ-PONS, *La résidence en droit international privé (conflits de juridictions et conflits de lois)*, th. dactyl., Université Jean Moulin Lyon III, 2004, 552 p., spéc. nos 52-55, pp. 43-46.

¹³²⁵ Voir par exemple la Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants du 24 octobre 1956 (*Recueil des conventions de la Conférence de La Haye (1951-1988)*, La Haye, Kluwer International, p. 32) ; la Convention de La Haye concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs du 5 octobre 1961 (*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 658, n° 9431, p. 143) ; la Convention concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption du 15 novembre 1965 (*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 1107, n° 17104, p. 34) ; la Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 2 octobre 1973 (*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 1056, n° 15944, p. 199).

¹³²⁶ Sur ce point, voir Anne RICHEZ-PONS, *op. cit.*, nos 103-104, pp. 81-82.

¹³²⁷ Voir, considérant qu'« [à] partir du moment où l'on ne conçoit pas le domicile comme "une vice-nationalité déterminée unilatéralement par chaque État", 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", le recours à la résidence habituelle comme élément de rattachement en lieu et place du domicile a un impact limité », Lukas RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, *op. cit.*, n° 798, p. 622, citant Dominique Bureau, Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, t. II, 3^{ème} éd., PUF, 2014, xiv-712 p., spéc. p. 76, puis pp. 95-97. Voir également, se référant au « critère territorial de rattachement au domicile ou à la résidence habituelle », Élise RALSER, « Domicile et résidence dans les rapports internationaux », *JCl. Droit international*, fasc. 543-10, 5 décembre 2016, n° 13. De même, le règlement « Aliments » semble supposer l'équivalence entre domicile et résidence habituelle, dans le cadre de son analyse du devenir de la solution adoptée par le règlement « Bruxelles I » — applicable en matière alimentaire avant l'adoption du règlement Aliments — quant à la limitation de son domaine *ratione loci* : l'article 4 § 1 du règlement « Bruxelles I » subordonnant l'applicabilité de ce texte à la situation du domicile du défendeur sur le territoire d'un État membre, le législateur européen a considéré au moment de l'adoption du règlement « Aliments » que « les règles relatives à la compétence telles qu'elles résultent du règlement (CE) n° 44/2001 devraient être adaptées. La circonstance qu'un défendeur a sa *résidence habituelle* dans un État tiers ne devrait plus être de nature à exclure l'application des règles communautaires de compétence » (considérant 15 du règlement « Aliments »). C'est nous qui soulignons.

¹³²⁸ Voir Patrick WAUTELET, « Les relations familiales internationales — Retour sur trois tendances majeures », in *États généraux du droit de la famille. Actualités juridiques et judiciaires de la famille en 2014*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 203-247, spéc. p. 212.

l'Union affecte à la résidence habituelle comme à l'autonomie de la volonté, sur lesquels il convient désormais de se pencher.

B. La promotion de facteurs « aux mains des parties » : la résidence habituelle et l'autonomie de la volonté

267. Plan. – Si la volonté de l'individu est centrale lorsque lui est offerte une faculté de choix de la loi ou de la juridiction compétente, solution devenue le principe en droit international privé de l'Union (2), le rattachement à la résidence habituelle est perçu comme une traduction indirecte du choix d'un milieu d'intégration effectué par l'individu (1).

1. Le lien avec le milieu d'intégration choisi par l'exercice de la liberté de circulation : la résidence habituelle

268. Caractère transactionnel. – Dans la lignée du droit international privé conventionnel, le droit international privé de l'Union européenne a fait de la résidence habituelle, notamment en matière familiale, le rattachement objectif de principe¹³²⁹. Ce trait commun s'explique par l'identité de la démarche mise en œuvre dans ces deux cadres, à savoir l'uniformisation des règles de conflit de juridictions et de lois, pour laquelle le rattachement à la résidence habituelle constitue une condition de possibilité¹³³⁰. Dans l'Union européenne, l'uniformisation des règles de conflit en matière familiale étant au service de la libre circulation des personnes, le choix du rattachement principal des questions familiales revêt une importance particulière. Or, la résidence habituelle fait figure de compromis entre les différentes traditions conflictuelles des États membres¹³³¹, non seulement parce qu'elle n'est perçue comme le substrat d'aucune d'entre elles, mais aussi parce qu'étant une notion de fait, ou une « notion de droit, composée de conditions de fait »¹³³², elle se veut universelle, détachée de tout ordre juridique national¹³³³. Mais au-delà de son aspect transactionnel, il apparaît que le rattachement à la résidence habituelle sert plus directement la libre circulation des personnes.

269. Un lien étroit. – La résidence habituelle caractérise en effet de manière adéquate l'intégration au sens du droit de l'Union et traduit le lien que l'Union cherche à instaurer entre les citoyens européens et les États membres autres que leur État national. Certes, la notion se veut fonctionnelle, fondamentalement concrète et dépourvue de toute définition abstraite ; elle

¹³²⁹ Sur la notion, voir Anne RICHEZ-PONS, *op. cit.* ; Élise RALSER, *op. cit.*

¹³³⁰ En ce sens, voir Andreas BUCHER, « La famille en droit international privé », *RCADI*, vol. 283, 2000, pp. 1-186, spéc. n° 17, p. 38.

¹³³¹ Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, « Uniform conflict of law rules on divorce and legal separation via enhanced cooperation », *op. cit.*, p. 45.

¹³³² Andreas BUCHER, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³³³ Anne RICHEZ-PONS, *op. cit.*, n° 112, p. 86.

suppose une habitation effective de l'individu et repose d'abord sur des critères géographiques. C'est principalement sur cet argument que repose le recours à la résidence habituelle en matière de compétence juridictionnelle : le juge de l'État par elle désigné semble tout particulièrement bien placé afin d'évaluer la situation de l'intéressé¹³³⁴. Mais il est désormais possible de considérer que qualifiée d'habituelle, la résidence correspond à plus qu'une simple localisation géographique ; elle traduit le milieu d'intégration sociale actuel de l'individu. Cela ressort d'abord de la jurisprudence de la Cour de justice : interrogée par voie préjudicielle sur la notion en matière de responsabilité parentale, la Cour a considéré que la résidence habituelle de l'enfant « correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. À cette fin, doivent notamment être pris en considération la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État membre et du déménagement de la famille dans cet État, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans ledit État »¹³³⁵. Cela ressort également des rares précisions apportées par le législateur européen, qui considère la résidence habituelle comme la traduction d'un « lien étroit »¹³³⁶ entre les intéressés et l'État concerné. Le règlement « Successions » semble proposer une synthèse de la jurisprudence de la Cour de justice : la résidence habituelle du défunt au moment de son décès doit résulter d'« une évaluation d'ensemble des circonstances de la vie du défunt au cours des années précédant son décès et au moment de son décès, prenant en compte tous les éléments de fait pertinents, notamment la durée et la régularité de la présence du défunt dans l'État concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence »¹³³⁷. L'analyse de ces éléments doit « révéler un lien étroit et stable avec l'État concerné, compte tenu des objectifs spécifiques du présent règlement »¹³³⁸. À un élément quantitatif lié à la durée de cette résidence et traditionnellement considéré comme allant de soi dans le cas de la résidence habituelle¹³³⁹, s'ajoute un élément qualitatif, signifiant les liens entretenus entre l'individu et l'État considéré et rapprochant le critère de celui du domicile. Ce sont ces liens qui justifient l'emploi du critère s'agissant des conflits de lois, qui repose sur la familiarité supposée de la loi qui « régit [le] cadre de vie »¹³⁴⁰ de l'individu.

270. Un lien éphémère. – Dès lors, il a pu être affirmé que la résidence habituelle, comme la nationalité et le domicile, crée un sentiment d'appartenance¹³⁴¹. Mais ce lien constitué par la

¹³³⁴ Voir au sujet de la créance alimentaire, Anne RICHEZ-PONS, *op. cit.*, n° 118, p. 90 et n° 154, p. 113.

¹³³⁵ CJCE, 2 avril 2009, aff. C-523/07, précité, point 44.

¹³³⁶ Considérant 21 du règlement « Rome III ».

¹³³⁷ Considérant 23 du règlement « Successions ».

¹³³⁸ *Ibid.*

¹³³⁹ Andreas BUCHER, *op. cit.*, n° 17, pp. 38-39 ; Élise RALSER, *op. cit.*, n° 43.

¹³⁴⁰ Anne RICHEZ-PONS, *op. cit.*, n° 166, p. 122.

¹³⁴¹ *Op. cit.*, n° 426, p. 282.

résidence habituelle, si étroit qu'il puisse être à un moment donné, est par nature éphémère¹³⁴². L'appartenance à un État qu'elle peut éventuellement traduire n'est pas destinée à se perpétuer longuement pendant la vie de l'individu et à résister au franchissement des frontières. Au contraire, dans un contexte de libre circulation, la succession des résidences habituelles est, de fait, encouragée. C'est pour cette raison que le critère a pu sembler particulièrement adapté aux effets des situations familiales¹³⁴³. Dès lors, le lien que le critère représente entre un État et un individu n'est, à dessein, pas aussi significatif que celui qui résulte de la nationalité ou du domicile de l'individu. C'est ainsi à l'aune de l'objectif de faciliter la libre circulation des personnes en instaurant une équivalence entre les États membres que se mesure en particulier la différence entre résidence habituelle et domicile : alors que leurs définitions se rapprochent sensiblement jusqu'à se confondre, c'est à la première que le droit de l'Union confie la poursuite de cet objectif que ne garantirait pas le second. Le droit international privé de l'Union se contente donc d'un lien qui peut être étroit à un moment donné sans nécessairement constituer un lien significatif dans la continuité. C'est en ce sens que la généralisation de la résidence habituelle en tant que facteur de rattachement principal en droit international privé de la famille contribue à un relâchement des liens entre l'individu et l'État.

271. Coïncidence des compétences juridictionnelle et législative. – Enfin, bien que constituant un aspect marginal ou plutôt surabondant, la probable coïncidence fréquente des compétences juridictionnelle et législative favorisée par la généralisation du rattachement à la résidence habituelle en matière de conflit de juridictions et de conflit de lois¹³⁴⁴ n'est pas anodine du point de vue de la libre circulation et du relâchement des liens que la situation entretient avec l'État. La considération pour la facilitation de la tâche du juge prend un poids non négligeable dans un contexte dans lequel toute entrave potentielle à la libre circulation, et notamment tout élément rendant plus difficile l'accès à la justice ou la revendication d'un droit, est combattue. Le pragmatisme des solutions retenues à cet égard révèle plus qu'il n'encourage la relativisation des liens d'appartenance unissant un individu et un État.

¹³⁴² Sur les inconvénients engendrés par la « volatilité » de la résidence habituelle, voir Bernard AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI*, vol. 305, 2001, pp. 9-487, spéc. n° 310, p. 307.

¹³⁴³ En ce sens, voir Lukas RASS-MASSON, *op. cit.*, n° 802, p. 626 : « 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 ».

¹³⁴⁴ Sur ce point, voir notamment Anne RICHEZ-PONS, *op. cit.*, nos 195-204, pp. 139-145.

2. La souplesse en complément de la sécurité juridique : l'autonomie de la volonté encadrée

272. Affirmation progressive d'une règle de principe. – La généralisation du rattachement subjectif en matière familiale constitue sans doute l'une des caractéristiques fondamentales du droit international privé de l'Union européenne. Héritée de la convention de Bruxelles II et ainsi présente dans les premiers textes adoptés en matière familiale au sein de l'Union européenne, l'autonomie de la volonté s'est depuis fermement affirmée¹³⁴⁵. D'une part, alors que son irruption est d'abord intervenue par la porte dérobée d'une règle de compétence juridictionnelle à rattachements alternatifs dans les règlements « Bruxelles II » et « Bruxelles II bis », elle a pris la forme d'une élection de for et de loi dans l'ensemble des règlements qui ont suivi¹³⁴⁶. D'autre part, elle s'y affirme de plus en plus, notamment en ce qui concerne le conflit de lois, comme la solution de principe, présentée comme telle, à l'exception près du règlement « Successions ». Ainsi, traduisant formellement la volonté exprimée par la Commission en matière matrimoniale d'« instaur[er] de[s] règles de conflit harmonisées en matière de divorce et de séparation de corps *fondées avant tout sur le choix des conjoints* »¹³⁴⁷, les règlements font en général du choix de loi la règle de principe qui figure symboliquement avant la règle de conflit de lois objective qui n'est plus applicable qu'« à défaut de choix »¹³⁴⁸.

273. Fondements. – Les options de droit et de juridiction offertes aux parties puiseraient leurs fondements, selon le législateur européen, dans le principe de sécurité juridique¹³⁴⁹, la prévisibilité et l'autonomie des parties¹³⁵⁰ visés dans les préambules des règlements¹³⁵¹

¹³⁴⁵ Voir, constatant au sujet du choix de loi que « [c]ette "mode" de l'*electio juris*, justement combattue dans la perspective française traditionnelle, s'installe en facteur de rattachement de principe dans le droit de l'Union européenne et se propage en vertu d'un procédé de copier-coller qu'affectionnent particulièrement les autorités législatives de l'Union européenne », Louis D'AVOUT, « La législation européenne de droit international privé : bref bilan d'une décennie (2000- 2010) », *Revue de droit d'Assas*, 2012, n° 5, pp. 70-77, spéc. p. 75.

¹³⁴⁶ Il est remarquable que le règlement « Aliments » mette en œuvre ces deux formes d'autonomie de la volonté en matière de compétence juridictionnelle, puisque si l'article 4 de ce texte est consacré à l'élection de for, la règle de compétence générale de l'article 3 est une règle de conflit alternative, offrant donc un choix au seul demandeur.

¹³⁴⁷ Commission des Communautés européennes, 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, précitée, p. 9. C'est nous qui soulignons.

¹³⁴⁸ Articles 8 du règlement « Rome III » et 26 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

¹³⁴⁹ Pour une analyse critique de ce fondement, voir Vincent HEUZÉ, « Faut-il confondre les clauses d'élection de for avec les conventions d'arbitrage dans les rapports internationaux ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, pp. 295-309, spéc. pp. 300-305.

¹³⁵⁰ Pour une critique de ce fondement, considérant que ce rattachement « présent[e] cette apparence stratégique d'être en phase avec ce que certains croient être le désir psycho-sociologique d'autodétermination des individus », voir Louis D'AVOUT, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³⁵¹ Il a également pu être soutenu que, compte tenu du fait que les règlements adoptés en matière familiale se fondent sur l'article 81 TFUE, s'inscrivant lui-même dans le cadre d'un chapitre consacré à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, ce serait directement des principes de liberté et de sécurité garantis par le TFUE que ces options tireraient leur validité (Jérémy HEYMANN, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit international privé des personnes et de la famille. Perspective fédéraliste », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Amélie Panet, Hugues Fulchiron, Patrick Wautelet (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 41-59, spéc. n° 7, pp. 45-46). Une telle analyse nous semble aller trop loin, en ce que, comme le reconnaît

autorisant au moins l'une de ces options¹³⁵². La faculté de choix est supposée répondre, dans un contexte de libre circulation, aux besoins de prévisibilité et de souplesse très tôt mis en avant pour justifier sa consécration en matière familiale¹³⁵³. Il s'agit par là d'« accroître la mobilité des citoyens »¹³⁵⁴, qui constitue ainsi à la fois un présupposé et un objectif, ou de « permettre aux citoyens de profiter [...] des avantages offerts par le marché intérieur »¹³⁵⁵, les deux étant liés¹³⁵⁶.

Si les fondements et les objectifs sont ainsi plus ou moins directement identifiés dans les règlements qui mettent en œuvre l'autonomie de la volonté, la doctrine, à l'image d'Horatia Muir Watt, ne s'est pas moins interrogée « sur le sens du recours croissant par le législateur européen à cette faculté de planification individuelle dans des domaines porteurs de valeurs d'ordre public, alors même que d'autres techniques de conflit de lois étaient disponibles pour construire un régime transnational approprié »¹³⁵⁷, assurant la flexibilité et la sécurité juridique recherchées¹³⁵⁸. Comme la résidence habituelle, l'autonomie de la volonté a d'abord fait figure de solution de compromis entre des traditions nationales irréconciliables. Cependant, dans le cadre de l'Union européenne, il est rapidement apparu que ce procédé n'est pas de nature à permettre une uniformisation paisible et harmonieuse des règles de conflit nationales. Il suffit pour s'en rendre compte d'observer le degré d'uniformisation des règles de conflit¹³⁵⁹. Le règlement « Aliments » a ainsi dû prévoir, aujourd'hui exclusivement au profit du Royaume-Uni qui n'a pas exercé sa faculté d'*opt in* s'agissant du règlement « Aliments » et du Danemark qui ne participe à aucun texte relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice¹³⁶⁰, deux régimes de circulation des décisions distincts en fonction de l'adhésion des États membres au protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Par ailleurs, de manière bien plus révélatrice, l'ensemble des règlements adoptés par la suite, à l'exception du règlement

par ailleurs l'auteur, « il s'agit avant tout, eu égard au libellé de l'article 67 du TFUE, de liberté de circulation et de sécurité des personnes et des biens ».

¹³⁵² Considérants 19 du règlement « Aliments » ; 15 et 16 du règlement « Rome III » ; 37, 38 et 48 du règlement « Successions » ; 36, 43 et 45 du règlement « Régimes matrimoniaux » ; 37, 42 et 44 du règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

¹³⁵³ Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, *op. cit.*, p. 30.

¹³⁵⁴ Considérant 15 du règlement « Rome III ».

¹³⁵⁵ Considérants 37 du règlement « Successions », 43 du règlement « Régimes matrimoniaux » et 42 du règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

¹³⁵⁶ Jérémie HEYMANN, *op. cit.*, n° 23, p. 56.

¹³⁵⁷ Horatia MUIR WATT, « La "conduite des conduites" et le droit international privé de la famille : réflexions sur la gouvernementalité à la lumière du règlement "Rome III" », in *Droit européen du divorce*, *op. cit.*, pp. 729-740, spéc. p. 731. Voir aussi en ce sens Christian KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI*, vol. 359, 2013, pp. 285-478, spéc. n° 103, p. 425.

¹³⁵⁸ Horatia MUIR WATT, *op. cit.*, note 12, p. 731. L'auteure relève que « [l]e législateur aurait pu, par exemple, se contenter de la cascade de rattachements subsidiaires pour assurer le même degré de prévisibilité, ou encore, au nom d'une flexibilité bien encadrée, laisser au juge le soin de déterminer la loi applicable parmi plusieurs possibles ».

¹³⁵⁹ Sur ce point, voir Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, *op. cit.*, pp. 41-42 ; Jérémie HEYMANN, *op. cit.*, n° 26, p. 58.

¹³⁶⁰ Sur les régimes particuliers s'appliquant à ces États, voir *infra*, n°s 362-364.

« Successions » — qui, ayant été soustrait à la matière familiale, a pu être adopté sans être soumis à l'exigence d'unanimité des votes au Conseil —, a été adopté dans le cadre d'une coopération renforcée par un nombre réduit d'États membres. Le constat de l'insuffisant compromis réalisé par l'autonomie de la volonté en matière familiale s'impose donc.

274. La motivation principale semble bien plutôt devoir être recherchée dans la politique d'intégration mise en œuvre par l'Union européenne et en particulier dans la volonté de construire un lien direct avec les citoyens européens. Le recours à l'autonomie de la volonté permet en effet de placer l'individu « au cœur du système dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice »¹³⁶¹, d'en faire un acteur de sa construction, en marginalisant de ce fait les États membres, ou plutôt le lien entre la situation et l'État membre dont la juridiction ou la législation aurait été objectivement désignée. La règle de conflit subjective apparaît comme la concrétisation d'un droit conféré sur le fondement de la libre circulation au citoyen européen de « [s'affranchir ...] des pesanteurs de [sa] loi nationale »¹³⁶². Dans le cadre de la mise en œuvre d'une règle de conflit subjective, en particulier en matière de conflit de lois, la relation entre l'État membre concerné et la situation change ainsi de nature : alors que la loi objectivement désignée s'impose autoritairement en raison des liens qui l'unissent à la situation, la *professio juris* introduit une équivalence entre les lois pouvant être choisies et donc entre les liens unissant une situation donnée à différents États. À cet égard, le fait que l'autonomie de la volonté soit encadrée par une pré-sélection de lois sur lesquelles peut se porter le choix ne change rien. Tandis que la possibilité offerte aux parties de choisir la loi applicable conduit à relativiser les liens entre l'individu et chacun des États concernés, une relation s'établit directement entre l'individu et l'Union européenne qui lui confère cette liberté.

Par ailleurs, le relâchement des liens entre une situation familiale donnée et l'État concerné se traduit également par l'usage que les individus font des règles subjectives. En effet, il a certes été prétendu que de telles règles de conflit subjectives sont d'autant plus légitimes qu'elles permettent de faire trancher directement par l'individu, en conformité avec son identité ressentie, l'opposition entre loi nationale et loi « territoriale »¹³⁶³, et que la démarche est de nature à lutter contre la fragmentation du droit international privé de la famille européen, en permettant aux parties de choisir un for et une loi compétents pour régir différentes questions soumises à des règlements différents¹³⁶⁴. Mais l'idée libérale sous-tendue, selon laquelle est

¹³⁶¹ Sylvaine POILLOT-PERUZETTO, « La priorité de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et l'élaboration d'un code européen de droit international privé », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, *op. cit.*, pp. 51-67, spéc. p. 57.

¹³⁶² Patrick KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 377-390, spéc. p. 384.

¹³⁶³ En ce sens, voir Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2000, 520 p., spéc. n^{os} 478-481, pp. 395-399 ; Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, *op. cit.*, pp. 40-41.

¹³⁶⁴ Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, *op. cit.*, p. 41.

légitime « la volonté des individus de s'émanciper de la tutelle des lois de l'État qui s'appliquent normalement à eux et qui les empêchent (aussi longtemps que ces lois n'ont pas été modifiées) de réaliser leurs projets matrimoniaux ou parentaux »¹³⁶⁵, permet le développement de comportements opportunistes qui ne doivent pas être négligés. Ces règles « autorisent en réalité les [parties] (même dans les limites convenues) à choisir la législation qui convient le mieux à leur projet »¹³⁶⁶, ce qui se traduit généralement par le choix de la loi la plus permissive¹³⁶⁷, conduisant une partie de la doctrine à considérer que « dès lors [...] le principe même d'une politique familiale d'origine étatique en ressort singulièrement compromis »¹³⁶⁸. Dans cette perspective, il est possible d'envisager l'autonomie de la volonté comme une étape préalable à l'extension du domaine de compétence de l'Union au droit matériel de la famille, potentiellement de manière indirecte. En effet, de l'instauration d'une certaine équivalence entre les États et de l'admission de l'efficacité de comportements opportunistes de la part des parties, à la permission donnée aux parties d'aménager comme elles l'entendent leurs relations, il n'y a qu'un pas. Il est permis de se demander s'il ne constitue pas le prochain qui sera franchi.

275. Transition. – La règle de conflit subjective conduit dès lors à affaiblir l'impérativité des droits internes de la famille des différents États membres. Mais la progression de l'autonomie de la volonté en matière familiale peut aujourd'hui compter sur le vecteur beaucoup plus direct de la reconnaissance des situations qui semble en voie de devenir la méthode de principe s'agissant de la constitution du statut familial.

¹³⁶⁵ Patrick KINSCH, *op. cit.*, p. 382.

¹³⁶⁶ Dominique BUREAU, Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, PUF, 4^{ème} éd., 2017, 761 p., spéc. n° 766-1, p. 189.

¹³⁶⁷ Toni MARZAL YETANO, « The constitutionalisation of party autonomy in European family law », *JPIL*, 2010, vol. 6, n° 1, pp. 155-193, spéc. p. 179 : « *Scholars agree that party autonomy in conflict of laws naturally results in the application of the law that is most favorable to the parties, which in the domain of family law will naturally be the least restrictive one* » (« La doctrine s'accorde à dire que l'autonomie de la volonté en matière de conflit de lois conduit naturellement à l'application de la loi la plus favorable pour les parties, qui, dans le domaine du droit de la famille, correspond à la loi la moins restrictive ». Traduction libre).

¹³⁶⁸ Dominique BUREAU, Horatia MUIR WATT, *op. cit.*, *loc. cit.*

II. La reconnaissance des situations

276. La construction communautaire a intensifié le mouvement de réflexion sur les méthodes du droit international privé¹³⁶⁹. En particulier, la prise en compte accrue de l'autonomie de la volonté dans l'ordre juridique de l'Union européenne en construction s'est traduite par le développement d'une méthode autrement subversive pour la méthode conflictuelle et le rattachement à la nationalité¹³⁷⁰ que l'édiction de règles de conflit subjectives : la méthode de la reconnaissance des situations. Cette méthode n'est certes pas propre au droit de l'Union européenne, puisqu'aussi bien des conventions internationales, souvent adoptées dans le cadre de la Conférence de La Haye¹³⁷¹, que des dispositions de droit interne¹³⁷² l'ont mise en œuvre. Mais son potentiel de développement, en particulier en matière personnelle, s'y trouve démultiplié sous l'effet combiné de la libre circulation des personnes et de la citoyenneté européenne — qui pourraient la transformer en méthode de principe¹³⁷³ —

¹³⁶⁹ Sur un potentiel « désaveu » de la méthode conflictuelle en droit de l'Union européenne, au sujet du recours à la citoyenneté européenne, voir Petra HAMMJE, « Libres propos sur les interactions entre qualification et ordre public », *op. cit.*, n° 37, p. 886 : « Cela conduit ensuite à se demander si l'imposition de ces qualifications européennes n'exprime pas un désaveu de la méthode conflictuelle elle-même, donc des catégories habituelles de rattachement et de la logique de localisation, au profit d'une logique de reconnaissance. Le glissement méthodologique conduit à privilégier une approche concrète de la solution du conflit de lois, imposant une continuité effective des situations individuelles, en lieu et place d'une appréhension abstraite des concurrences législatives. En ce sens, le curseur se déplace vers le pays d'origine de création d'une situation individuelle, ce qui implique un effacement du for d'accueil qui doit prendre acte de la situation valable aux yeux de son pays d'origine ».

¹³⁷⁰ Le rattachement à la nationalité constitue, selon Pierre Mayer, la « victime toute désignée » de la méthode de la reconnaissance des situations qui privilégie, dans le cadre qu'il définit, les critères du domicile et de la résidence habituelle : Pierre MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 547-573, spéc. n° 2, p. 548 et n° 46, p. 572.

¹³⁷¹ La plus connue en matière familiale est sans doute la Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages. Voir également les exemples cités par Pierre MAYER, *op. cit.*, n° 21, p. 559.

¹³⁷² Article 9 de la loi néerlandaise de droit international privé du 19 mai 2011, *RCDIP*, 2012, p. 674 ; articles 45 et 73 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) suisse, cités par Pierre Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, *op. cit.*, n° 25, pp. 559-560.

¹³⁷³ Paul LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *op. cit.* ; du même auteur, « La reconnaissance : mode d'emploi », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, *op. cit.*, pp. 479-501, spéc. n°s 9-11, pp. 488-490 ; du même auteur, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? Conférence inaugurale », *RCADI*, vol. 371, 2015, pp. 9-42. Dans le même sens, considérant que « la reconnaissance semble l'instrument adéquat pour assurer la libre circulation des personnes et de leur statut », voir Hugues FULCHIRON, « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial », in *Les relations privées internationales. Mélanges en l'honneur de Bernard Audit*, LGDJ, 2014, pp. 359-381, spéc. p. 381 ; du même auteur, « La reconnaissance, jusqu'où ? », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, *op. cit.*, pp. 647-677. Voir également Étienne PATAUT, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Trav. com. fr. DIP*, 2006-2008, pp. 71-114, spéc. pp. 88-92.

d'une part et de l'apparition de disparités importantes entre les droits internes de la famille des États membres, notamment s'agissant du mariage et de la filiation, d'autre part¹³⁷⁴.

277. Plan. – L'attitude volontariste de la Cour de justice à cet égard ne laisse pas de place au doute, la juridiction ayant consacré cette méthode à l'occasion d'un contentieux concernant le nom patronymique¹³⁷⁵, domaine relevant de la compétence des États membres. Mais si la jurisprudence de la Cour en matière de nom de famille se montre libérale sur ses conditions de mise en œuvre (A), un arrêt récent rendu au sujet de la « circulation » d'un mariage homosexuel d'un État membre à l'autre offre des perspectives nouvelles, s'agissant à la fois du domaine matériel de la méthode et de son potentiel encadrement (B).

A. Les enseignements de la jurisprudence en matière de nom : une conception jurisprudentielle libérale de la reconnaissance des situations

278. Plan. – Le régime de la reconnaissance des situations tel qu'il se dessine au fur et à mesure des arrêts de la Cour de justice semble particulièrement libéral (1), ce qui est d'autant plus notable que les limites qui peuvent être opposées à la circulation d'une situation sont strictement encadrées (2).

1. *Des prévisions légitimes à la volonté des parties : le défaut d'exigence d'un rattachement objectif de la situation à l'État d'origine*

279. Incertitudes méthodologiques. – Si le phénomène de la reconnaissance des situations est identifié à grands traits, des difficultés apparaissent en tentant d'en préciser les contours. Une littérature abondante et savante lui a pourtant été consacrée¹³⁷⁶. Mais alors que près de quinze ans se sont écoulés depuis son article aux *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*¹³⁷⁷, le constat fait par Pierre Mayer s'agissant de l'étude de la reconnaissance semble toujours actuel : « [l']entreprise est périlleuse car toutes les données sont incertaines. Qu'est-ce que la

¹³⁷⁴ Voir au sujet de la circulation du mariage entre personnes de même sexe Hugues FULCHIRON, « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial », in *Les relations privées internationales. Mélanges en l'honneur de Bernard Audit*, op. cit., p. 359.

¹³⁷⁵ CJCE, Gr. ch., 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, précité.

¹³⁷⁶ Sylvain BOLLÉE, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, pp. 307-355 ; Hugues FULCHIRON, « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial », op. cit. ; du même auteur, « La reconnaissance, jusqu'où ? », op. cit. ; Paul LAGARDE, « La reconnaissance, mode d'emploi », op. cit. ; Paul LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, 238 p. ; Pierre MAYER, op. cit. ; Charalambos PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *RCDIP*, 2008, pp. 513-560 ; Étienne PATAUT, op. cit. ; Gian Paolo ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP*, 2006, pp. 457-519. Voir également les thèses soutenues récemment sur ce sujet : Samuel FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, th. dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 2017, 498 p. ; Amélie PANET, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, th. dactyl., Université Jean Moulin Lyon III, 2014.

¹³⁷⁷ *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, 840 p.

reconnaissance ? Y a-t-il une *méthode* de la reconnaissance ? N'y en a-t-il qu'une ? »¹³⁷⁸ La généralité des questions dissimule une multiplicité d'écueils, relatifs au fondement de la méthode de la reconnaissance des situations, à sa relation avec les conflits de lois et avec la reconnaissance des décisions, aux conditions dans lesquelles une situation doit être constituée pour être reconnue et notamment à l'exigence de liens entre la situation et l'ordre juridique au sein duquel la situation s'est constituée. Les divergences doctrinales y relatives sont loin d'avoir été arbitrées par la Cour de justice qui en élabore le régime au fil de ses arrêts et, conformément au but des questions préjudicielles en interprétation, de manière circonstanciée. Il est cependant possible de retenir, avec M. Mayer, les grands traits de cette méthode de la reconnaissance des situations, afin d'y confronter les solutions dégagées par la Cour de justice. Il s'agit d'une méthode en deux temps. Dans un premier temps, une situation juridique, résultant de l'expression d'un point de vue concret de l'ordre juridique d'origine, se cristallise dans l'État dans lequel elle se constitue — notamment par l'intervention d'une autorité publique. Dans un second temps, sa reconnaissance est demandée dans l'État du for. Sa validité n'est alors pas examinée conformément à la loi désignée par la règle de conflit de cet État, mais au regard de conditions déterminées par le droit de l'État du for — qui peuvent consister en des conditions matérielles ou en un contrôle au regard de la loi sous l'égide de laquelle la situation est née ou de la loi désignée par la règle de conflit de l'État d'origine¹³⁷⁹. Une telle méthode, poursuivant une permanence concrète du statut de l'individu, est nécessairement favorable à la validité de la situation juridique concernée, qui, dans ce cas, naît de la cristallisation de la situation, valable selon le droit de l'État d'origine, sur laquelle reposent des prévisions légitimes des parties¹³⁸⁰.

280. Si la jurisprudence de la Cour de justice relative à la reconnaissance des situations s'inscrit certainement dans un tel cadre, elle ne permet pas d'identifier indubitablement les conditions de la reconnaissance en droit positif de l'Union européenne. Aussi, le fondement de la méthode interroge¹³⁸¹. Son appréhension par la Cour semble en effet libérale, impression première renforcée par le contexte dans lequel est intervenu l'arrêt *Grunkin-Paul*¹³⁸², premier arrêt qui met véritablement en œuvre la méthode de la reconnaissance dans un cas concernant uniquement la matière personnelle et la libre circulation des personnes, sans lien revendiqué avec une liberté économique. Ce contexte est constitué par l'arrêt *Garcia Avello*¹³⁸³, rendu quelques années auparavant. Un bref rappel de ces arrêts permettra d'esquisser les contours de

¹³⁷⁸ Pierre MAYER, *op. cit.*, n° 27, p. 560. C'est l'auteur qui souligne.

¹³⁷⁹ *Op. cit.*, nos 26-35, pp. 560-566 ; Paul LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in *La reconnaissance des situations en droit international privé, op. cit.*, pp. 19-25, spéc. p. 19.

¹³⁸⁰ Pierre MAYER, *op. cit.*, nos 33-35, pp. 564-566.

¹³⁸¹ Sur ce fondement et les interrogations qu'il suscite, voir *infra*, n° 283.

¹³⁸² CJCE, Gr. ch., 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, précité.

¹³⁸³ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, précité.

la reconnaissance des situations telle qu'elle est aujourd'hui conçue dans l'ordre juridique de l'Union européenne¹³⁸⁴ et de mettre en évidence, ce qui constitue l'objet principal de la présente étude, la mesure dans laquelle elle participe du relâchement des liens entre une situation familiale donnée et l'État auquel elle est traditionnellement rattachée.

281. Arrêt *Garcia Avello*. – L'arrêt *Garcia Avello* concerne le changement de nom d'enfants belgo-espagnols, nés et ayant toujours résidé en Belgique, et enregistrés sous le nom de leur père, « Garcia Avello », conformément au droit belge. Les parents ont souhaité modifier ce nom pour que les enfants soient désormais désignés à l'état civil belge de la même manière qu'ils ont été enregistrés dans les registres consulaires espagnols, *i.e.* sous le nom de « Garcia Weber », résultant, conformément au droit espagnol, de la juxtaposition du premier nom de leur père et du nom unique de leur mère. Une demande en ce sens a donc été formée auprès du Ministère de la Justice belge. Un refus ayant donné lieu à la saisine des juridictions administratives, une question préjudicielle relative à la conformité de cette solution aux principes du droit communautaire a été posée à la Cour de justice.

Celle-ci, sans s'aventurer sur le terrain des conflits de lois, a considéré que les autorités belges ne pouvaient pas s'opposer à la demande de changement de nom ayant pour objet de conférer aux intéressés le nom qui résulte de l'application de la loi de l'État membre de leur autre nationalité. Ainsi, en l'espèce, bien que l'arrêt soit fréquemment intégré dans les développements relatifs à la méthode de la reconnaissance des situations¹³⁸⁵, il ne s'agit pas de reconnaître une situation juridique constituée à l'étranger : il n'est pas en tant que tel question du sort en Belgique de l'attribution du nom par les autorités espagnoles, mais d'une demande de changement de nom auprès des autorités belges et selon le droit interne belge. Comme le souligne Étienne Pataut, « [c]e qui est en cause dans [cette] affaire [...], c'est [...] pour des citoyens communautaires la possibilité de se prévaloir de l'application de la loi d'un État membre avec lequel ils présentent un lien étroit, en l'espèce l'État de la nationalité de l'un d'eux »¹³⁸⁶. Tout le potentiel de rayonnement de cette solution réside dans l'analyse des liens qui justifient la possibilité de se prévaloir de la loi d'un État membre pour régir, à ce stade, le nom d'une personne. En effet, la décision de la Cour de justice ayant été rendue au regard du

¹³⁸⁴ Voir, soulignant la différence de raisonnement entre la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme, Toni MARZAL YETANO, *op. cit.*, p. 163. Voir, sur « l'orientation commune » adoptée par ces deux juridictions au sujet de la reconnaissance des situations, Hugues FULCHIRON, « La reconnaissance, jusqu'où ? », *op. cit.*

¹³⁸⁵ Jean-Sylvestre BERGÉ, Delphine PORCHERON, Gustavo VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, V^o « Droit international privé et droit de l'Union européenne », *op. cit.*, n^o 107 ; Hugues FULCHIRON, « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial », *op. cit.*, p. 366 ; 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*, *op. cit.*, pp. 67-79, spéc. n^o 4, p. 70.

¹³⁸⁶ Étienne PATAUT, *op. cit.*, p. 91.

principe de non-discrimination en raison de la nationalité et s'agissant de double nationaux, la possibilité de choix offerte s'est limitée à celui de l'une des lois nationales des intéressés. La loi nationale espagnole ne s'est donc pas imposée à raison des liens qu'elle entretenait en l'espèce avec les enfants : « si la loi espagnole a prévalu, c'est parce que les enfants, ou plutôt leurs parents, l'ont voulu. S'ils avaient préféré la solution inverse, ils auraient pu demander aux autorités espagnoles que leur nom soit modifié de sorte à être conforme aux prescriptions du droit belge ; les arguments employés par la Cour de justice auraient été tout aussi valables »¹³⁸⁷. Comme cela ressort de la présentation que fait la Cour, dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* rendu quelques années plus tard, du principe dégagé dans l'arrêt *Garcia Avello*, le problème fondamental viendrait de l'incompatibilité avec les principes de non-discrimination en raison de la nationalité et de la libre circulation des personnes d'« une législation d'un État membre ayant pour effet de contraindre une personne à porter des noms de famille différents dans des États membres différents »¹³⁸⁸.

282. Arrêt *Grunkin-Paul*. – C'est à la lumière de cette solution, d'essence libérale, qu'a été interprété l'arrêt *Grunkin-Paul* qui, lui, n'a pas été rendu sur le fondement du principe de non-discrimination en raison de la nationalité mais sur celui de la libre circulation des personnes. Dans cette affaire était en cause un véritable cas de reconnaissance des situations juridiques. L'espèce concerne un enfant allemand, de parents allemands, né et résidant habituellement au Danemark. Les services allemands d'état civil ont refusé de reconnaître le nom donné à l'enfant par les autorités danoises conformément au droit danois appliqué par elles au titre de loi de la résidence habituelle de l'enfant. Les services de l'état civil allemand ont fondé leur décision sur la règle de conflit résultant de l'article 10 EGBGB aux termes de laquelle le nom d'une personne est régi par sa loi nationale. La Cour de justice, saisie d'une question préjudicielle dans le cadre du contentieux qui s'est ensuivi, a considéré que la libre circulation des personnes reconnue à tous les citoyens européens « s'oppose [...] à ce que les autorités d'un État membre, en appliquant le droit national, refusent de reconnaître le nom patronymique d'un enfant tel qu'il a été déterminé et enregistré dans un autre État membre où cet enfant est né et réside depuis lors et qui, à l'instar de ses parents, ne possède que la nationalité du premier État membre »¹³⁸⁹.

¹³⁸⁷ Toni MARZAL YETANO, *op. cit.*, p. 159 : « *Spanish law prevailed over Belgian law because it was the children's — or rather, their parents — choice that it do so. Had they preferred otherwise, they could have requested the Spanish authorities that their surname be changed to comply with Belgian law ; the arguments employed by the ECJ would be just as valid* » (traduction libre).

¹³⁸⁸ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *Rec.*, 2010, p. I-13693, point 55. Voir les commentaires de cet arrêt : *RTD civ.*, 2011, p. 98, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.*, 2011, p. 571, obs. É. PATAUT.

¹³⁸⁹ CJCE, Gr. ch., 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, précité, point 39.

Deux éléments paraissent particulièrement révélateurs de l'approche de la méthode de la reconnaissance des situations adoptée par la Cour. Le premier élément tient à l'absence de condition d'un lien étroit entre l'État membre d'origine et la situation. En effet, si en l'espèce, l'enfant est né au Danemark, y réside habituellement et si ses parents y résidaient habituellement au moment de sa naissance, la Cour ne fait que constater cet état de fait, mais ne fait pas mention d'une condition relative à la *nécessité* d'un lien étroit entre l'État membre d'origine et la situation afin que la reconnaissance soit imposée dans un autre État membre. Bien plus, il ressort de l'arrêt *Freitag*¹³⁹⁰, rendu ultérieurement, que la Cour considère l'exigence d'un tel lien comme une entrave à la libre circulation des personnes, du moins lorsque le rattachement est prédéfini de manière abstraite. En l'espèce, un enfant roumain né en Roumanie sous le nom « Pavel » a été adopté, après le divorce de ses parents, par le second mari de sa mère, allemand, dont il a acquis le nom, « Freitag », et la nationalité. Après sa majorité et alors qu'il résidait habituellement en Allemagne, il a obtenu des autorités roumaines de reprendre le nom « Pavel ». Il demande aux services d'état civil allemands la reconnaissance de ce changement de nom et la rectification de l'inscription dans les registres. La question est soumise aux juridictions allemandes, en raison de la formulation de l'article 48 EGBGB issue de la modification législative consécutive à l'arrêt *Grunkin-Paul* : cette disposition du droit allemand permet désormais de demander la reconnaissance d'un nom acquis dans un autre État membre *à la condition que le nom a été acquis alors que l'intéressé avait sa résidence habituelle dans ce pays*. La Cour de justice a considéré qu'une telle condition « est susceptible d'entraver l'exercice du droit, consacré à l'article 21 TFUE, de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres »¹³⁹¹. La Cour nuance certes par la suite cette affirmation, en répondant à un argument du gouvernement allemand. Celui-ci souligne en effet que le droit allemand prévoit parallèlement une procédure administrative permettant de demander un changement de nom pour des motifs sérieux et qu'il apparaissait, selon ses dires, que « l'élimination d'une divergence patronymique s'agissant de ressortissants allemands ayant une double nationalité constitue un tel motif sérieux »¹³⁹². La Cour de justice a considéré sur ce point qu'« il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les modalités prévues par le droit national et destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, pour autant, d'une part, que ces modalités ne sont pas moins favorables que celles concernant des droits qui trouveraient leur origine dans l'ordre juridique interne (principe d'équivalence) et, d'autre part, qu'elles ne rendent pas impossible

¹³⁹⁰ CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, aff. C-541/15 ; D., 2018, p. 966, obs. S. CLAVEL, F. JAULT-SESEKE ; *RCDIP*, 2017, p. 549, note P. HAMMJE ; *RTD eur.*, 2017, p. 589, obs. É. PATAUT ; *Europe*, 2017, comm. 18, note D. SIMON.

¹³⁹¹ *Ibid.*, point 39.

¹³⁹² *Ibid.*, point 40.

ou excessivement difficile, en pratique, l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) »¹³⁹³. Mais il n'en demeure pas moins que l'exigence d'un lien de rattachement entre la situation et l'État d'origine est au préalable qualifiée d'entrave à la libre circulation.

Le second élément qui atteste de l'approche libérale de la méthode de la reconnaissance adoptée par la Cour tient au fait que le contrôle de la validité de la situation au regard du droit qui l'a consacrée n'est pas requis¹³⁹⁴. Dans l'arrêt *Grunkin-Paul*, la Cour de justice ne s'intéresse qu'à la potentielle entrave¹³⁹⁵. Cela traduit une relecture des liens entre la situation et l'État dans lequel elle s'est constituée, et l'on peut constater avec Hugues Fulchiron que « non seulement les rattachements de principe à tel ou tel système juridique tendent à s'estomper, mais encore l'idée même de loi "normalement applicable" s'efface »¹³⁹⁶. Ainsi, la méthode de la reconnaissance des situations telle qu'appréhendée par la Cour de justice permet indirectement à un individu de choisir la loi applicable à une question relevant de son statut personnel, alors même que celle-ci relève du droit commun des États membres, en choisissant l'État de constitution de la situation. Cette solution est déduite du principe de libre circulation des personnes : la non-reconnaissance dans l'État membre d'accueil d'une situation constituée dans un autre État membre risque d'aboutir à la constitution d'un statut boiteux qui constituerait une entrave à la libre circulation de l'individu.

Cette analyse semble être celle qui a été adoptée par la première consécration législative de la reconnaissance des situations en droit de l'Union européenne. Le règlement « Successions » prévoit en effet, par le biais du certificat successoral, un mécanisme de reconnaissance du lien de famille sur lequel repose la qualité d'héritier¹³⁹⁷. S'agissant de ses effets, l'article 69 § 2 de ce texte dispose que « [l]e certificat est présumé attester fidèlement l'existence d'éléments qui ont été établis en vertu de la loi applicable à la succession ou en vertu de toute autre loi applicable à des éléments spécifiques ». S'il s'agit d'une présomption, pouvant *a priori* être renversée, il semble que toute contestation doive être formulée devant l'autorité émettrice du certificat¹³⁹⁸. La constitution de la situation juridique ne semble pas pouvoir être examinée par les autorités, et en particulier les juridictions, de l'État membre dans lequel le certificat est opposé, ce qui est d'autant plus remarquable que les liens de famille en

¹³⁹³ *Ibid.*, point 42.

¹³⁹⁴ Voir, percevant dans l'éventualité d'un tel contrôle une atteinte à la confiance mutuelle, Hugues FULCHIRON, « La reconnaissance, jusqu'où ? », *op. cit.*, pp. 650-653.

¹³⁹⁵ En ce sens, voir Toni MARZAL YETANO, *op. cit.*, p. 161. C'est nous qui soulignons. Voir également Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³⁹⁶ Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 648.

¹³⁹⁷ Sur ce point, voir Petra HAMMJE, *op. cit.*, note 51, p. 878.

¹³⁹⁸ Article 72 du règlement « Successions ».

question sont potentiellement des liens d'alliance et de parenté, donc des liens dont la constitution est exclue du domaine des règlements européens.

283. Une consécration plus large de l'autonomie de la volonté. – Dès lors, sur un plan méthodologique, la méthode de la reconnaissance des situations semble perçue comme une véritable méthode concurrente à la méthode conflictuelle, et non pas comme une exception à cette méthode. Par ailleurs, fondamentalement, elle ne semble pas reposer sur le respect des prévisions légitimes des parties mais sur l'autonomie de la volonté comprise comme une fin en soi¹³⁹⁹. Patrick Kinsch fait le constat de la place occupée par la volonté des parties dans cette méthode : « [e]n délocalisant la création d'une situation tout en étant assurées de son importabilité dans l'État de sa reconnaissance (selon les cas, ce sera l'État de leur nationalité, de leur domicile ou du lieu de l'exercice d'une activité), les parties échapperont aux restrictions de l'État en question [...]. La méthode de la reconnaissance sans contrôle de la loi appliquée peut ainsi servir à protéger des attentes légitimes des parties, mais aussi à faciliter le comportement "stratégique" de celles-ci »¹⁴⁰⁰. Néanmoins, compte tenu de la souplesse des conditions de la reconnaissance qui ressort de la jurisprudence de la Cour de justice, il est même permis d'aller plus loin et de se demander si la protection des attentes légitimes des parties peut être prise en charge par la méthode de la reconnaissance ainsi décrite, car celle-ci ne permet d'identifier aucun critère d'appréciation de la légitimité des attentes des parties. La faveur pour la validité de l'acte ne reposerait dès lors que sur un droit, tiré directement de la citoyenneté européenne et de la libre circulation qui en constitue un élément fondamental, de choisir la loi applicable en matière familiale¹⁴⁰¹. Il n'en reste pas moins qu'une solution qui n'exigerait aucun lien minimum entre la situation et l'État membre dans lequel elle se constitue paraît excessive¹⁴⁰², à la fois du point de vue de sa justification et de celui de ses effets : en favorisant les stratégies opportunistes des intéressés, la méthode a également une incidence directe sur les droits internes de la famille ainsi mis en concurrence¹⁴⁰³, affaiblissant un peu plus l'autorité de la loi et le lien entre les intéressés et l'État de leur nationalité ou de leur domicile.

2. Des limites strictement encadrées

284. Plan. – L'absence d'encadrement *a priori*, par l'exigence d'un lien de rattachement entre la situation et l'État dans lequel elle se constitue, n'épuise pas la question des limites de la méthode de la reconnaissance des situations, y compris dans une acception libérale. Le droit

¹³⁹⁹ Sur ce constat général, voir Toni MARZAL YETANO, *op. cit.*

¹⁴⁰⁰ Patrick KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », *op. cit.*, p. 386. Dans le même sens, Toni MARZAL YETANO, *op. cit.*, p. 157 et p. 162.

¹⁴⁰¹ Sur ce point, voir Toni MARZAL YETANO, *op. cit.*, pp. 155-156.

¹⁴⁰² Sur l'exigence d'un lien minimum, voir Étienne PATAUT, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴⁰³ Toni MARZAL YETANO, *op. cit.*, *loc. cit.*

de la famille demeurant de la compétence des États membres, il en va à la fois de « l'acceptabilité du principe »¹⁴⁰⁴ et de la mise en œuvre pérenne « de nouvelles articulations entre intérêts individuels et intérêts collectifs dans les relations privées internationales »¹⁴⁰⁵. Mais seuls les principes essentiels à l'ordre juridique des États membres semblent pouvoir être invoqués pour faire obstacle à la reconnaissance d'une situation juridique (a), l'admission de l'exception de fraude semblant heurter les principes de libre circulation des personnes et de confiance mutuelle (b).

- a. Une limitation *a posteriori* par le recours à l'ordre public de l'État d'accueil dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité

285. Consécration de la limite de l'ordre public. – La Cour de justice a précisé dans sa jurisprudence ultérieure les limites de la méthode de la reconnaissance des situations, qui, en conformité avec la perception de l'intérêt des parties au travers de la libre circulation des personnes au sein du droit de l'Union européenne, intervient *a posteriori*¹⁴⁰⁶, par le biais des considérations d'ordre public, qui pourraient être invoquées par les États pour refuser de reconnaître une situation constituée à l'étranger.

286. Arrêt *Sayn-Wittgenstein*. – L'admission de cette exception peut déjà être déduite de l'arrêt *Grunkin-Paul*¹⁴⁰⁷, mais c'est dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*¹⁴⁰⁸ que la Cour de justice en détaille les conditions. L'espèce concerne une ressortissante autrichienne vivant en Allemagne où elle a été adoptée par un ressortissant allemand. Elle s'y est vu attribuer, d'après le droit allemand, le nom de l'adoptant qui comportait à la fois un titre de noblesse (*Fürst/Fürstin*) et une particule nobiliaire (*von Sayn-Wittgenstein*). En Allemagne, elle exerce une activité dans le domaine de l'immobilier de prestige. Les autorités autrichiennes ont enregistré ce nom dans les registres d'état civil autrichien. Il figure dès lors à la fois dans des documents officiels délivrés par les autorités allemandes (notamment un permis de conduire) et dans son passeport autrichien et des certificats de nationalité délivrés par les autorités consulaires autrichiennes en Allemagne. Une décision de la Cour constitutionnelle autrichienne intervenue ultérieurement a

¹⁴⁰⁴ Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 648.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*

¹⁴⁰⁶ *Op. cit.* Voir également, considérant que « l'invocation des libertés communautaires de circulation suffit à mettre l'État national en position d'accusé, à qui incomberait la charge de prouver que l'application de sa loi nationale se justifie par des motifs concrets d'ordre public », Louis D'AVOUT, note sous l'arrêt CJCE, Gr. ch., 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, JDI, 2009, comm. 7, p. 203, spéc. p. 214.

¹⁴⁰⁷ La Cour de justice relève dans cet arrêt qu'« [u]ne entrave à la libre circulation [...] ne pourrait être justifiée que si elle se fondait sur des considérations objectives et était proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi » (point 29) mais « constate[...] qu'aucune raison spécifique susceptible, le cas échéant, de s'opposer à la reconnaissance du nom patronymique de l'enfant Leonhard Matthias, tel qu'il a été attribué et enregistré au Danemark, comme le fait que ce nom soit, en Allemagne, contraire à l'ordre public, n'a été évoquée devant la Cour » : CJCE, Gr. ch., 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, précité, point 38.

¹⁴⁰⁸ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, précité.

considéré que « la loi d'abolition de la noblesse, qui a rang de règle constitutionnelle et qui met en œuvre dans ce domaine le principe d'égalité, empêchait un citoyen autrichien d'acquérir un nom patronymique comprenant un ancien titre de noblesse, par voie d'adoption par un citoyen allemand portant légalement ce titre de noblesse en tant qu'élément constitutif de son nom »¹⁴⁰⁹. Cette même décision a par ailleurs confirmé une solution antérieure relative à la prohibition d'une formation différente des noms pour les hommes et pour les femmes. À la suite de cette décision, le gouverneur de Vienne a considéré l'acte de naissance de l'intéressée invalide et a procédé à une inscription rectificative de son nom en « Sayn-Wittgenstein » dans les registres de l'état civil autrichien. Après l'échec d'un recours administratif, l'intéressée a demandé l'annulation de la décision devant les juridictions administratives autrichiennes auprès desquelles elle se prévaut, pour ce qui nous intéresse, de ses droits à la libre circulation et à la libre prestation de services. La juridiction autrichienne saisit la Cour de justice d'une question appelant à préciser les conditions auxquelles une restriction à la libre circulation des personnes pouvait être admise et en particulier si une prohibition issue du droit constitutionnel de l'État membre de la reconnaissance peut être valablement opposée à la circulation d'une situation juridique constituée dans un autre État membre.

La Cour de justice, après avoir constaté l'existence de l'entrave¹⁴¹⁰, rappelle que celle-ci « 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 »¹⁴¹¹. Il s'agit dès lors de procéder à une balance des intérêts. C'est dans ce cadre qu'intervient l'appréciation des principes d'ordre public, soumis au test de proportionnalité énoncé¹⁴¹². La Cour considère que l'ordre public d'un État membre constitue bien une considération objective¹⁴¹³ et que « dans le contexte de l'histoire institutionnelle autrichienne, la loi d'abolition de la noblesse, *en tant qu'élément de l'identité nationale*, peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des personnes reconnu par le droit de l'Union »¹⁴¹⁴. Elle rappelle que l'ordre public doit être interprété strictement et « ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »¹⁴¹⁵, tout en laissant aux États une marge d'appréciation à cet égard¹⁴¹⁶. Mais ce faisant, la Cour de justice vérifie que l'objectif poursuivi par l'État est partagé par l'Union européenne. En l'espèce, la loi d'abolition de la noblesse s'inscrivant dans le cadre de la mise en œuvre du

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, point 25.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*, points 60-71.

¹⁴¹¹ *Ibid.*, point 81.

¹⁴¹² Voir en ce sens Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 676.

¹⁴¹³ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, précité, point 85.

¹⁴¹⁴ *Ibid.*, point 83. C'est nous qui soulignons.

¹⁴¹⁵ *Ibid.*, point 86.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, point 87.

principe d'égalité de tous les citoyens consacré en droit de l'Union européenne, la légitimité de l'objectif poursuivi est donc reconnue¹⁴¹⁷. Enfin, la Cour de justice a estimé que la mesure était proportionnée et légitime en ce qu'elle permet de préserver la forme républicaine de l'État constitutive de l'identité nationale de l'Autriche, protégée par l'article 4 § 2 TUE¹⁴¹⁸.

287. Confirmation jurisprudentielle ultérieure. — La possibilité de refuser la reconnaissance d'une situation pour un motif d'ordre public a par la suite été confirmée par les arrêts *Runevič-Vardyn*¹⁴¹⁹ — arrêt dans lequel la Cour considère légitime, sans explicitement la qualifier de considération d'ordre public, la prise en compte de la protection de la langue nationale officielle d'un État membre dans le cadre de la mise en balance avec l'intérêt légitime d'un couple à voir transcrit de la même manière le nom qu'ils ont en partage —, *Bogendorff von Wolffersdorff*¹⁴²⁰ — arrêt dans lequel c'est, dans des circonstances légèrement différentes, le même principe d'égalité traduit dans une interdiction de créer, postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution de la République de Weimar, de nouveaux titres nobiliaires qui a justifié le refus de reconnaissance d'un nom d'un ressortissant anglo-allemand modifié au Royaume-Uni — et *Freitag*¹⁴²¹.

288. Encadrement de l'ordre public. — Mais il ressort de l'ensemble de ces décisions et de leur place dans la méthode mise en œuvre en droit de l'Union européenne que les principes d'ordre public n'ont vocation à être pris en compte que dans des proportions très limitées. N'intervenant qu'à titre d'exception, ils doivent être interprétés strictement, et les valeurs qu'ils portent, quelles qu'elles soient, ne peuvent s'imposer dans un cas déterminé que si elles sont gravement heurtées dans les circonstances de l'espèce. Ainsi, étant donné que ces principes reposent sur des considérations abstraites, Toni Marzal Yetano a montré qu'ils ne sortiront que rarement indemnes de leur confrontation à une situation dans le cadre d'une analyse casuistique¹⁴²².

¹⁴¹⁷ *Ibid.*, points 88-89.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*, points 90-93.

¹⁴¹⁹ CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn*, aff. C-391/09, *Rec.*, 2011, p. I-3787 ; *AJ fam.*, 2011, p. 332, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *Constitutions*, 2011, p. 332, obs. A. LEVADE ; *RTD civ.*, 2011, p. 507, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.*, 2011, p. 571, obs. É. PATAUT ; *Ibid.* 2012, p. 405, obs. F. BENOÎT-ROHMER ; *Europe*, 2011, comm. 238, note D. SIMON ; *Rev. UE*, 2013, p. 313, chron. E. SABATAKAKIS.

¹⁴²⁰ CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, aff. C-438/14 ; *RCDIP*, 2017, p. 278, note L. RASS-MASSON ; *AJ fam.*, 2016, p. 392, obs. M. SAULIER ; *RTD civ.*, 2016, p. 820, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.*, 2016, p. 648, obs. É. PATAUT ; *Europe*, 2016, comm. 261, obs. D. SIMON.

¹⁴²¹ CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, précité. Sur cet arrêt, voir *supra*, n° 282.

¹⁴²² Toni MARZAL YETANO, *op. cit.*, pp. 167-173.

b. Le poids limité de la fraude face aux principes de libre circulation et de confiance mutuelle

289. Mise en œuvre incertaine. – Envisager la fraude à la loi ou à la compétence, ou l’abus de droit avec lequel elle est parfois confondue¹⁴²³, relève *a priori* d’une démarche en définitive assez classique dans le cadre de l’analyse des limites à l’autonomie de la volonté¹⁴²⁴. D’un maniement difficile en raison de la recherche subjective de l’intention qu’elle implique, elle semble néanmoins particulièrement pertinente à défaut d’encadrement *a priori* par l’exigence d’un lien entre la situation et l’État selon le droit duquel elle se constitue. Ce mécanisme permet de sanctionner, en refusant de lui faire produire des effets, un cas dans lequel des individus auraient créé artificiellement une situation à l’étranger dans le seul but d’échapper aux prescriptions de la loi normalement applicable. La mise en œuvre d’une telle limite à l’autonomie de la volonté est pourtant loin d’être certaine en droit international privé de la famille de l’Union européenne. Deux éléments nous paraissent devoir être pris en compte afin d’évaluer la possibilité du jeu de la fraude à la loi dans le cadre de la méthode de la reconnaissance.

290. D’une part, bien qu’il fasse à cet égard figure d’exception¹⁴²⁵, le règlement « Successions » fait référence à la fraude à la loi. Son considérant 26 prévoit en effet qu’« [a]ucune disposition du présent règlement ne devrait empêcher une juridiction d’appliquer les mécanismes destinés à lutter contre la fraude à la loi, par exemple dans le cadre du droit international privé ». Mais il s’agit de la seule référence à la fraude, le règlement ne prévoyant aucun mécanisme de ce type, ni en matière de conflit de lois, ni en matière d’effet des jugements étrangers¹⁴²⁶. L’intervention de la fraude à la loi relève donc du droit international privé commun des États membres, dont l’articulation avec les dispositions du règlement est peu intelligible. Il semblerait, comme l’affirme Hugues Fulchiron, que « [l]a référence à la fraude [...] renvoie à l’idée que si *l’utilisation des dispositions prévues par le Règlement* ne peut être

¹⁴²³ Sur ces notions, voir notamment Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, xiii-477 p. ; Sandrine CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *Trav. com. fr. DIP*, 2010-2012, pp. 255-297 ; de la même auteure, « La fraude », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Tristan Azzi, Olivera Boskovic (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 151-158 ; Étienne CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, 2006, 528 p. ; du même auteur, « *Forum shopping* et abus du choix de for en droit international privé », *JDI*, 2007, pp. 27-55 ; Hélène GAUDEMET-TALLON, « De l’abus de droit en droit international privé », in *Les relations privées internationales. Mélanges en l’honneur du Professeur Bernard Audit*, op. cit., pp. 383-396 ; Raluca Nicoleta IONESCU, *L’abus de droit en droit de l’Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, xxiii-585 p. ; Spyridon VRELLIS, « "Abus" et "fraude" dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, op. cit., pp. 633-646.

¹⁴²⁴ Il s’agirait même d’un « passage obligé » : Patrick WAUTELET, « Fraude et autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales », in *Autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, op. cit., pp. 139-168, spéc. n° 1, p. 139.

¹⁴²⁵ Sur l’indifférence à l’égard de la fraude à la loi en droit positif, voir op. cit., n°s 5-6, p. 141.

¹⁴²⁶ Hugues FULCHIRON, op. cit., p. 663.

qualifiée de fraude, comme l'a dit la Cour [de justice] dans l'arrêt *Hadadi, le fait de rendre artificiellement applicables ses dispositions* pourrait être sanctionné »¹⁴²⁷. En matière de reconnaissance, il s'agirait ainsi de vérifier si le critère qui a conduit à l'application de la loi ayant permis la constitution de la situation n'a pas été créé artificiellement¹⁴²⁸.

291. D'autre part, aucune conclusion définitive ne peut être tirée de manière certaine étant donné que la Cour de justice n'a pour l'instant été confrontée qu'à des cas dans lesquels des liens objectifs existaient entre la situation et l'État¹⁴²⁹, rendant moins pressante la recherche de l'intention frauduleuse. Même dans l'arrêt *Freitag*, dans lequel l'intéressé est sans doute allé réclamer en Roumanie un changement de nom plus facile à obtenir qu'en Allemagne où il séjournait habituellement, la fraude n'a pas été retenue¹⁴³⁰. Mais il semble que celle-ci n'ait en tout état de cause que peu de chance d'être considérée comme une limite pouvant valablement être opposée à la reconnaissance d'une situation constituée à l'étranger au sein de l'Union européenne. Cela tient à l'évolution sur laquelle repose la construction du droit international privé de l'Union européenne et qui nous fait remarquer, avec Paul Lagarde, que « l'admission de la méthode de reconnaissance coïncidait avec une extension de l'autonomie de la volonté des individus et un certain affaiblissement de l'autorité de la loi »¹⁴³¹. Dès lors, la fraude à la loi, « mécanisme de repli orienté sur le maintien de l'autorité de la loi et sur la supériorité de la loi par rapport au choix des parties »¹⁴³², apparaît en contradiction directe avec les valeurs qui inspirent la construction de l'ordre juridique européen. Dans ce contexte, l'illégitimité du recours illimité à l'autonomie de la volonté paraît difficilement concevable au sein d'une Union européenne qui semble permettre d'« envisager une sorte d'optimisation juridique, comme on parle d'optimisation fiscale »¹⁴³³. Si l'auteur lie le rejet de la fraude à l'existence de « conditions de proximité définies avec précision »¹⁴³⁴, la Cour de justice pourrait ainsi, dans un contexte jurisprudentiel libéral, définitivement refermer la porte sur la fraude, en prenant appui sur les principes de confiance mutuelle — qui imposeraient à l'État membre d'accueil de reconnaître une situation que l'État membre d'origine aura considéré s'être valablement constituée sur son territoire¹⁴³⁵ — d'une part, et de libre circulation des personnes — qui, en tant que composante fondamentale de la citoyenneté européenne, conférerait directement aux intéressés un droit à la

¹⁴²⁷ *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

¹⁴²⁸ En ce sens, voir Paul LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des thèmes les plus discutés », *op. cit.*, p. 23.

¹⁴²⁹ Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 664.

¹⁴³⁰ Sur ce point, voir *Ibid.*

¹⁴³¹ Paul LAGARDE, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴³² Patrick KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », *op. cit.*, p. 387.

¹⁴³³ Paul LAGARDE, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴³⁴ *Ibid.*

¹⁴³⁵ Hugues FULCHIRON, *op. cit.*, p. 662.

reconnaissance des situations juridiques¹⁴³⁶ — d'autre part. Dans une telle hypothèse, les cas impliquant une fraude à la loi ne seraient plus seulement « rarissimes »¹⁴³⁷ ; ils disparaîtraient tout simplement.

292. Conclusion. – Transition. – Une telle analyse de la fraude à la loi, confrontée à la reconnaissance des situations et plus largement à l'autonomie de la volonté, nous semble contestable. C'est cependant celle qui semble s'imposer aujourd'hui en droit positif. Sa faiblesse pourrait toutefois être contrebalancée par un retour à la définition, *a priori*, de liens entre la situation et l'État d'origine.

B. Les perspectives ouvertes par la jurisprudence en matière de droit au séjour du conjoint de même sexe

293. Reconnaissance du mariage et droit au séjour. – Si l'évolution de la méthode de la reconnaissance des situations en droit international privé de la famille repose aujourd'hui principalement sur des conjectures, tant la méthode n'a jamais été, en droit positif de l'Union européenne, clairement énoncée, il semble qu'il faille porter le regard sur la jurisprudence de la Cour de justice en matière de droit au séjour plutôt que sur celle qui concerne le droit international privé des sociétés dont se rapprochent pourtant actuellement les solutions qui nous intéressent en premier lieu. En particulier, l'arrêt *Coman*, rendu par la Cour de justice le 5 juin 2018¹⁴³⁸, a suscité un vif intérêt de la doctrine, dans une affaire où la Cour a pour la première fois été directement confrontée à la question sensible de la reconnaissance dans un État membre le prohibant d'un mariage entre personne de même sexe contracté dans un autre État membre. Il convient d'en détailler la solution avant d'en examiner les conséquences potentielles s'agissant de la reconnaissance au fond du statut matrimonial en droit international privé.

294. Arrêt *Coman*. – En l'espèce, un citoyen européen ayant les nationalités roumaine et étatsunienne, résidant habituellement en Belgique, s'y est marié en 2010 avec son compagnon de nationalité étatsunienne résidant aux États-Unis. Deux ans plus tard, le couple, souhaitant s'installer en Roumanie, demande aux autorités de ce pays de lui indiquer les démarches et les conditions auxquelles le conjoint ressortissant d'un État tiers pouvait, en tant que membre de la famille d'un citoyen européen ayant exercé sa libre circulation, bénéficier d'un droit de séjour en Roumanie pour une durée de plus de trois mois. Les autorités roumaines, se fondant sur le droit civil roumain qui, d'une part, impose une condition d'altérité des sexes dans le mariage

¹⁴³⁶ *Op. cit.*, pp. 662-663.

¹⁴³⁷ Hélène GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 386.

¹⁴³⁸ CJUE, Gr. ch., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16 ; *AJDA*, 2018, p. 1603, chron. P. BONNEVILLE, E. BROUSSY, H. CASSAGNABÈRE, C. GÄNSER ; *AJfam.*, 2018, p. 404, obs. G. KESSLER ; *D.*, 2018, p. 1674, note H. FULCHIRON, A. PANET ; *RTD eur.*, 2018, p. 673, obs. É. PATAUT ; *RTD civ.*, 2018, p. 858, obs. L. USUNIER ; *JCP G*, 2018, p. 874, note G. WILLEMS ; *Dr. fam.*, 2018, comm. 199, note J.-R. BINET.

et, d'autre part, interdit de reconnaître les mariages homosexuels conclus à l'étranger, refusent de délivrer un tel titre de séjour. La Cour constitutionnelle roumaine, saisie dans le cadre d'un recours formé contre la décision administrative, pose à la Cour de justice une question relative à la conformité du droit roumain à la directive 2004/38¹⁴³⁹, et notamment sur la notion de « conjoint » au sens de l'article 2 de ce texte.

La directive, dont l'objet est de garantir les conditions de la libre circulation dans un État membre autre que celui de la nationalité de l'intéressé, étant, de ce fait, inapplicable en l'espèce, la Cour replace le raisonnement sur le fondement de l'article 21 TFUE, à propos duquel elle a antérieurement jugé que les droits qui en sont tirés par le citoyen européen imposent que « la vie de famille qu'[il] a menée dans [un] État membre puisse être poursuivie lors de son retour dans l'État membre dont il possède la nationalité, par l'octroi d'un droit de séjour dérivé au membre de la famille concerné, ressortissant d'un État tiers. En effet, en l'absence d'un tel droit de séjour dérivé, ce citoyen de l'Union pourrait être dissuadé de quitter l'État membre dont il a la nationalité afin d'exercer son droit de séjour, en vertu de l'article 21 § 1 TFUE, dans un autre État membre, en raison du fait qu'il n'a pas la certitude de pouvoir poursuivre dans l'État membre dont il est originaire une vie de famille ainsi développée ou consolidée dans l'État membre d'accueil »¹⁴⁴⁰. La Cour s'emploie donc à examiner si le citoyen européen tire des dispositions du droit primaire un droit à ce qu'un titre de séjour soit octroyé à son conjoint de même sexe auquel il s'est valablement uni dans un autre État membre. La libre circulation supposant le respect de la vie familiale du citoyen européen, la Cour cherche, en s'appuyant sur les dispositions de la directive, qui constitue ainsi un standard minimum en deçà duquel la libre circulation du citoyen de l'Union serait entravée lors de son retour dans l'État membre de sa nationalité, si l'époux de même sexe d'un citoyen européen peut être considéré comme le « conjoint » au sens de la directive.

Constatant l'absence de renvoi au droit national comme c'est le cas pour la notion de « partenaire enregistré » et la nécessité d'uniformité des conditions dans lesquelles s'exerce la libre circulation au sein de l'Union européenne, la Cour considère que « le refus, par les autorités d'un État membre, de reconnaître, *aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers*, le mariage de ce dernier avec un citoyen de l'Union de même sexe, ressortissant de cet État membre, conformément au droit de ce dernier État, est susceptible d'entraver l'exercice du droit de ce citoyen, consacré à l'article 21 § 1 TFUE, de

¹⁴³⁹ 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, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, précitée.

¹⁴⁴⁰ CJUE, Gr. ch., 5 juin 2018, *Coman*, précité, point 24.

circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. En effet, un tel refus aura pour conséquence que ledit citoyen de l'Union pourra se voir privé de la possibilité de retourner dans l'État membre dont il est ressortissant, accompagné de son conjoint »¹⁴⁴¹. La Cour considère donc l'entrave constituée, et, comme elle en a désormais l'habitude, se penche sur les potentielles justifications de cette entrave.

À ce sujet, après avoir relevé le caractère fondamental pour plusieurs États de l'institution du mariage, de sa conception hétérosexuelle, garantie dans un certain nombre d'entre eux par des normes constitutionnelles, elle considère que « l'obligation, pour un État membre, de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers, ne porte pas atteinte à l'institution du mariage dans ce premier État membre, laquelle est définie par le droit national et relève [...] de la compétence des États membres. Elle n'implique pas, pour ledit État membre, de prévoir, dans son droit national, l'institution du mariage entre personnes de même sexe. Elle est limitée à l'obligation de reconnaître de tels mariages, conclus dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, et cela aux seules fins de l'exercice des droits que ces personnes tirent du droit de l'Union »¹⁴⁴². Enfin, la Cour développe un dernier argument qui peut paraître surabondant mais qui renferme les fondements d'une potentielle et même probable extension de la solution en dehors du cadre dans lequel la Cour l'a à première vue enserrée : la Cour affirme, d'une part, qu'en tout état de cause, une entrave ne peut être justifiée que si elle est conforme aux droits fondamentaux garantis par la Charte, et notamment au respect de la vie privée et familiale qu'elle interprète au regard de l'article 8 de la Convention EDH, et, d'autre part, que la relation entretenue par un couple homosexuel relève des notions de vie privée et de vie familiale.

295. Portée du principe en droit international privé. – À l'examen de la seule solution, son intérêt pour la reconnaissance au fond dans un État membre du mariage célébré dans un autre État membre paraît nul. La reconnaissance du mariage ne s'impose pas en tant que telle en l'espèce, mais uniquement au regard du droit au séjour, ce qui explique, selon la Cour, que l'identité nationale n'est pas menacée. Dès lors, les effets, en particulier civils, du mariage ne semblent pas concernés par cette obligation de reconnaissance, et l'État membre d'accueil serait libre par ailleurs de considérer le couple comme marié ou non. Cependant, le raisonnement comme les fondements sur lesquels repose la solution conduisent inévitablement à y déceler un terreau fertile sur lequel pourra sans nul doute prospérer, dans un avenir proche, une reconnaissance plus globale du statut matrimonial. Tout d'abord, la libre circulation physique

¹⁴⁴¹ *Ibid.*, point 40.

¹⁴⁴² *Ibid.*, point 45.

des personnes est certes une chose distincte de la circulation de leur statut familial, mais les deux sont considérées comme des composantes de la libre circulation des personnes au sens du droit de l'Union¹⁴⁴³ ; l'entrave à l'une ou l'autre paraît suffisante pour constituer l'entrave à la liberté générale de circuler. Or, selon la logique du droit de l'Union, il est permis de se demander si le fait, pour des époux, de savoir qu'ils pourront exercer un droit de circulation et de séjour dans un État membre mais n'y seront pas considérés comme mariés ne constitue pas un frein à la libre circulation des personnes. D'un point de vue strictement pragmatique, la question ne manquera certainement pas de se poser.

Le caractère sérieux de l'éventualité d'une telle extension nous semble tout particulièrement devoir être admis au regard du raisonnement déployé par la Cour sur la notion de « conjoint » au sens de l'article 2 de la directive 2004/38. En effet, si, dans ce texte, il n'est pas renvoyé au droit national afin de définir la notion, il ressort des travaux préparatoires de la directive que la précision de l'indifférence du sexe de la personne du conjoint avait été proposée par le Parlement européen, sans être finalement retenue par la Commission au vu des hésitations du Conseil, à un moment où seuls deux États avaient ouvert l'institution matrimoniale aux couples de même sexe. La Commission précise alors qu'elle « préfère donc limiter la proposition à une notion de conjoint s'entendant, en principe, comme conjoint de sexe différent, sauf évolution future »¹⁴⁴⁴. Il semble que la Cour aurait pu se fonder sur l'évolution des législations des États membres, étant donné qu'aujourd'hui, plus de la moitié d'entre eux ne conditionne plus le mariage à l'altérité des sexes des époux, bien que le consensus ne puisse pas être atteint sur cette question. Le fait d'avoir choisi une autre voie peut signifier un réel choix politique en faveur de la reconnaissance du mariage homosexuel au sein de l'Union européenne¹⁴⁴⁵.

296. Portée des limites. – Mais si l'arrêt permet d'entrevoir une future extension matérielle de la méthode de la reconnaissance des situations en matière familiale, il en dessine également certaines limites qui pourraient être transposées au droit international privé de la famille. À ce titre, et bien qu'elles n'apparaissent pas assez nettement pour en tirer des conclusions définitives, elles méritent qu'y soit portée une attention soutenue. La première concerne le contrôle de la loi appliquée au mariage. La Cour semble, en effet, subordonner la reconnaissance du mariage aux fins de séjour dans un État membre à la validité de l'union au

¹⁴⁴³ Sur ces composantes, voir Lilia AÏT AHMED, « Familles et frontières - La circulation du statut familial à l'épreuve du mariage homosexuel et de la gestation pour autrui », in *État(s) des frontières*, Étienne Patout (dir.), Pedone, 2017, pp. 103-122.

¹⁴⁴⁴ Commission des Communautés européennes, Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil 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, 15 avril 2003, COM(2003) 199 final, p. 11.

¹⁴⁴⁵ Voir sur ce point Melchior WATHELET, conclusions présentées le 11 janvier 2018 dans l'affaire *Coman* (CJUE, Gr. ch., 5 juin 2018, aff. C-673/16), points 43-58.

regard du droit de l'État de sa célébration¹⁴⁴⁶. La seconde vient de ce que la Cour a retenu le fait que le mariage a été conclu dans un État membre « lors [d'un] séjour effectif »¹⁴⁴⁷ du couple. Il semble ainsi que la solution se limite d'une part aux mariages célébrés dans un État membre et exclut ceux qui l'auraient été dans un État tiers, et d'autre part aux cas de « séjour effectif », autrement dit à des situations dans lesquelles un lien minimum existerait entre la célébration du mariage et l'État dans lequel elle a lieu. Mais cette dernière condition semble également supposer que la situation ait été constituée après l'exercice par un citoyen européen de sa liberté de circulation.

297. Conclusion. – L'encadrement de la méthode de la reconnaissance tel qu'il résulte de l'arrêt *Coman* mérite sans doute d'être précisé. Les critères énoncés, limités à la reconnaissance du mariage aux seules fins de l'octroi d'un droit au séjour, excluent de nombreuses situations qui pourraient, en effet, avoir vocation à être reconnues dans des conditions similaires. Ils ont toutefois le mérite d'avoir été au moins timidement formulés. Une réflexion sur leur définition et sur leur transposition à la reconnaissance au fond du statut constituerait sans doute une évolution bienvenue de la méthode de la reconnaissance des situations en matière familiale.

298. Conclusion de la Section. – Les modalités de constitution du statut représentent un enjeu majeur de la mise en œuvre d'une libre circulation des personnes que le législateur et le juge européens considèrent dépendante de la libre circulation du statut familial. Qu'il s'agisse de la détermination du choix des critères de rattachement des règles de conflit ou de la formulation d'une méthode alternative à la méthode conflictuelle classique, la valeur de la solution adoptée ne réside pas tant dans sa capacité à localiser un rapport de droit que dans son aptitude à réaliser un compromis acceptable par tous les États membres et à relativiser les liens qui unissent une situation à un État déterminé afin que puisse s'établir un lien plus direct entre le citoyen européen et l'ordre juridique de l'Union en construction.

Le règlement conflictuel n'étant plus soumis principalement à une exigence de localisation du siège du rapport de droit, le législateur européen a considéré pouvoir trouver dans la volonté de l'individu, exprimée directement par le biais d'un choix de loi ou de juridiction ou indirectement par l'action de l'intéressé sur la constitution toute factuelle de la résidence habituelle, une justification puissante des règles adoptées. La force attribuée à ce fondement a même conduit la Cour de justice à étendre au-delà du domaine matériel couvert

¹⁴⁴⁶ CJUE, Gr. ch., 5 juin 2018, *Coman*, précité, point 45 : « l'obligation, pour un État membre, de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un autre État membre *conformément au droit de celui-ci*, aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers, ne porte pas atteinte à l'institution du mariage dans ce premier État membre ». C'est nous qui soulignons.

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, point 40.

par les règlements la faveur affichée pour la constitution de son statut par l'individu. Par l'usage de la méthode de la reconnaissance des situations, la Cour a ainsi fait preuve d'un grand libéralisme en obligeant les États membres à reconnaître une situation constituée dans un autre État membre sans qu'ils puissent remettre en cause sa validité, quel que soit le lien que la situation entretient avec cet État. Actuellement, cette méthode confère donc aux individus la possibilité de choisir l'État membre dans lequel constituer une situation qu'ils sont assurés de voir reconnue dans les autres États membres. Si une application de la méthode dans le domaine du droit au séjour offre des perspectives d'encadrement, elles restent encore largement à définir.

De telles évolutions peuvent cependant surprendre compte tenu du mode d'élaboration du droit international privé de la famille qui s'est très tôt imposé et ne s'est pas démenti au cours des dix dernières années. Le choix de critères de rattachement souples échoue à réunir l'unanimité des États membres, si bien que l'ensemble des règlements adoptés à partir du règlement « Rome III » n'ont pu l'être que par l'usage de la procédure de coopération renforcée. Seul le règlement « Successions » fait exception, mais il a dû, pour cela, être soustrait au champ de la procédure législative spéciale prévue en matière familiale par l'article 81 § 3 TFUE¹⁴⁴⁸. Dans ce contexte, le libéralisme sur lequel repose la méthode de la reconnaissance des situations, dans des domaines qui n'ont pas été investis par le législateur européen, interroge, tandis que la justification des règles de conflit adoptées se délite.

299. Conclusion du Chapitre. – La poursuite de l'objectif de libre circulation des personnes affecté au droit international privé de la famille de l'Union européenne a profondément transformé à la fois le mode d'élaboration de ce droit, les règles de conflit de juridictions et de lois et les méthodes de règlement conflictuel. Alors même que ses liens avec les droits nationaux conflictuels et matériels de la famille sont inéluctables et que l'Union dispose d'une compétence très restreinte en la matière, l'action européenne répond à une logique d'affaiblissement, voire de rupture, de cette attache nationale. Une telle évolution correspondrait à la réalisation d'un intérêt privé dont l'appréciation apparaît renouvelée : l'individu n'étant plus appréhendé, dans ce contexte, qu'en sa qualité de citoyen européen libre circulant, l'intérêt des personnes privées, entendu en ce sens, résiderait en effet dans la possibilité pour ce dernier de circuler librement d'un État membre à un autre¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴⁸ Sur le « morcellement géographique » du droit international privé de l'Union, voir *infra*, n^{os} 360-385.

¹⁴⁴⁹ Cette dimension ressort notamment de la définition que la Cour de justice a donnée de la « résidence habituelle du demandeur » au sens de l'article 3 § 1, *littera* a, cinquième et sixième tirets, du règlement « Bruxelles II bis ». Répondant à la question de savoir si une personne tierce peut se fonder sur ces dispositions pour saisir une juridiction d'une demande en annulation du mariage et ainsi saisir les juridictions de l'État membre de sa propre résidence habituelle, qui pourrait dès lors ne présenter aucun lien avec les époux, la Cour considère que « les règles de compétence établies à l'article 3 du règlement n° 2201/2003, y compris celles prévues au paragraphe 1, sous a), cinquième et sixième tirets, de cet article, sont conçues afin de préserver les intérêts des époux » et qu'« [u]ne telle

Pourtant, les moyens adoptés nous paraissent inadaptés à l'objectif poursuivi à un double titre. D'une part, alors que le choix des domaines dans lesquels l'Union intervient en matière conflictuelle, de même que celui des critères de rattachement privilégiés, sont supposés permettre de réunir un consensus en vue de l'adoption de règles uniformes, leur incapacité à y parvenir est patente. En témoigne le développement de la coopération renforcée qui caractérise désormais l'élaboration du droit international privé de la famille de l'Union. D'autre part, l'uniformisation des règles de conflit est supposée constituer un préalable à la réalisation du principe de reconnaissance mutuelle des décisions, lui-même conçu comme une condition de la libre circulation des personnes. Toutefois, l'articulation des dispositions des règlements adoptés atteste qu'une telle uniformisation n'est manifestement pas requise afin d'assouplir le régime de l'effet des jugements. Si la suppression de toute entrave à la libre circulation des personnes a également été invoquée, de manière autonome, pour fonder l'uniformisation des règles de conflit de lois, un tel argument nous paraît à la fois contrevenir à la conception nécessairement limitée de la libre circulation des personnes adoptée en droit primaire, et reposer sur une acception quelque peu dévoyée de la sécurité juridique. Aussi, et alors même que, de proche en proche, le chemin d'une uniformisation matérielle a été emprunté sans qu'il ait jamais été envisagé dans les traités, la libre circulation des personnes au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice s'avère représenter une faible justification de la réglementation conflictuelle adoptée en matière familiale.

interprétation répond également à la finalité poursuivie par ce règlement, celui-ci ayant institué des règles de conflit souples afin de tenir compte de la mobilité des personnes et de protéger également les droits du conjoint ayant quitté le pays de la résidence habituelle commune tout en garantissant l'existence d'un lien de rattachement réel entre l'intéressé et l'État membre exerçant la compétence » : CJUE, 13 octobre 2016, *Czarnecka*, aff. C-294/15, points 49 et 50. Voir les commentaires de cet arrêt : *D.*, 2016, p. 2123 ; *Ibid.*, 2017, p. 470, obs. M. DOUCHY-ODOT ; *Ibid.*, p. 1011, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *Ibid.*, p. 1082, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *RCDIP*, 2017, p. 291, note S. CORNELOUP ; *AJ. fam.*, 2016, p. 606, obs. A. BOICHÉ.

CONCLUSION DU TITRE

300. L'identification de l'objectif assigné au droit international privé de la famille européen est apparue comme une opération fondamentale dans l'étude de la construction actuelle de la réglementation en la matière.

Elle nous a tout d'abord permis de comprendre les défaillances structurelles de l'appareil normatif européen dans ce domaine. C'est ainsi parce qu'il a été considéré que la circulation du citoyen européen serait entravée si celle de son statut familial, *lato sensu*, n'était pas assurée, notamment par la « circulation » des décisions, et parce que l'Union ne dispose pas d'une compétence s'agissant du droit matériel de la famille que l'objectif de libre circulation des personnes a été assigné aux règles européennes de droit international privé de la famille. Mais si cette construction s'est voulue fondée sur une interprétation téléologique des compétences attribuées à l'Union en la matière, l'objectif de libre circulation des personnes ne saurait justifier la déformation de la lettre des traités sur laquelle se fonde le droit international privé de la famille européen.

Il nous a ensuite été possible d'analyser, du point de vue rationnel de la mise en rapport des moyens et des fins, la pertinence des règles élaborées. Nous avons pu constater à cet égard que la poursuite de l'uniformisation des règles de conflit de lois et de compétence internationale a été présentée comme une condition de la « libre circulation » des décisions, et donc de la réalisation de l'objectif de libre circulation des personnes. Elle a ainsi déterminé, au-delà de l'uniformité des règles adoptées, leur configuration sectorielle et le choix de critères de rattachement perçus comme des facteurs de compromis. Pourtant, l'étude comparée des règlements européens en matière familiale laisse observer que l'uniformisation des règles de conflit de lois et de compétence internationale n'a pas été conçue comme une condition de la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions, et que les moyens destinés à favoriser la réunion d'un consensus relatif à l'uniformisation de ces règles échouent à garantir leur adoption par l'ensemble des États membres.

Enfin, la construction du droit international privé de la famille européen autour de la libre circulation des personnes laisse apercevoir une modification de la conception des relations entre l'État et l'individu sur laquelle repose la réglementation conflictuelle en matière familiale. La force des liens qui peuvent unir un individu et un État ne sont pas ici perçus comme une garantie de stabilité de l'état de la personne, mais comme une entrave à la jouissance de ses libertés par le citoyen européen.

Aussi, la construction du droit international privé de la famille européen souffre, d'un point de vue rationnel, de déficiences fondamentales que la seule utilité de ce droit, à la supposer démontrée, ne suffit pas à justifier.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

301. L'analyse comparée de la structure du droit international privé de la famille en droit commun et en droit de l'Union européenne a permis d'identifier les différences d'objectifs et de logiques mises en œuvre dans l'élaboration des règles en la matière. À une construction orientée vers la protection de l'identité de la personne nécessitant la permanence de son statut a succédé une réglementation tournée vers la mise en œuvre de la libre circulation des personnes, par des moyens dont nous avons remis en cause l'adéquation avec l'objectif poursuivi et qui ne parviennent pas à réunir l'assentiment de l'ensemble des États membres.

302. Au-delà des différences de modèle, cette comparaison a également permis de mettre en lumière une dynamique qui prend sa source en droit commun et se confirme en droit européen. Ce domaine tend progressivement à être régi par des considérations qui ne sont plus tournées vers la personne elle-même et ne sont pas propres au droit international privé de la famille. Ainsi, en droit commun, non seulement le rattachement à la nationalité manque d'être analysé au regard de l'objectif de permanence pour être réduit à une rémanence de la souveraineté étatique, mais la discussion relative au facteur de rattachement pertinent est abreuvée de considérations qui ont trait à la politique migratoire et à la condition des étrangers. En droit de l'Union européenne, les règles de droit international privé de la famille sont affectées directement, comme leur équivalent en matière civile et commerciale, à la libre circulation des personnes et à la construction d'un espace sans frontières intérieures. Dès lors, dans les deux cas, le lien entre l'individu et l'État est moins évalué à l'aune de sa signification dans la construction de la personne qu'au regard de son influence sur l'objectif nouvellement assigné.

Toutefois, dans l'Union européenne, cette évaluation repose sur une torsion du sens de l'attribution des compétences. Or, la nature d'une organisation finalisée telle que l'Union européenne transparaît dans les liens qui unissent ses compétences et ses finalités¹⁴⁵⁰. Dès lors, une telle démarche n'est pas sans dénoter une modification, en droit dérivé, du sens attribué par les traités à la construction de l'espace judiciaire européen en matière familiale.

¹⁴⁵⁰ Comp., s'agissant de la construction des Fédérations, Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, PUF, 2^{ème} éd., 2009, 447 p., spéc. p. 274 : « l'analyse du *telos* peut éclairer non seulement les intentions politiques des auteurs d'une Fédération, mais aussi les institutions ou mécanismes juridiques qui en découlent. En effet, il existe une relation étroite entre les fins visées et les moyens employés, et cette rationalité instrumentale (*Zweckrationalität*) caractérise largement la nature politique de la Fédération. On verra par exemple qu'il existe un lien étroit entre les buts et les compétences d'une Fédération, de même qu'il existe un lien entre les buts d'une Fédération et ses fonctions juridiques ».

SECONDE PARTIE

L'UNIFORMITÉ DE L'ESPACE JUDICIAIRE EUROPÉEN EN MATIÈRE FAMILIALE À L'ÉPREUVE DU PRINCIPE DE COHÉRENCE

303. La disproportion des mesures adoptées en droit international privé de la famille européen par rapport à l'objectif de libre circulation des personnes et l'extension des compétences par une modification du sens de l'attribution que nous avons mis en évidence conduisent à présent à rechercher et à examiner non plus seulement l'objectif invoqué, mais le résultat auquel aboutit effectivement la construction européenne en la matière. Or, il apparaît qu'au travers de l'uniformité des règles de conflit de lois et de compétence internationale et de la reconnaissance mutuelle des décisions, c'est l'uniformité de l'espace judiciaire européen même qui est visée. Nous démontrerons cependant qu'une telle conception repose sur une structure juridique dont la fragilité menace la pérennité (TITRE 1). Un tel constat nous mènera à conduire une réflexion renouvelée sur les fondements et les objectifs du droit international privé de la famille européen (TITRE 2).

TITRE 1 : LES FRAGILITÉS DE L'ESPACE UNIFORME EUROPÉEN EN MATIÈRE FAMILIALE

304. L'action européenne en droit international privé de la famille s'inscrit dans le cadre de la construction de l'espace judiciaire européen. La poursuite de l'objectif de libre circulation des personnes s'appuie dès lors principalement sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions, fondement de la coopération judiciaire en matière civile. Or, à l'image de ce que l'on a pu observer précédemment au sujet des compétences attribuées à l'Union européenne, l'appréciation de ce principe au regard de l'objectif de libre circulation des personnes a porté les institutions européennes à en adopter une conception très compréhensive. Ainsi, alors même que le principe repose sur une assise théorique des plus fragiles, il concourt à l'édification d'un espace judiciaire européen dont le caractère *uniforme* ne semble pouvoir être justifié (CHAPITRE 1). La rationalité défaillante d'une telle construction, au-delà de son simple constat, menace l'intégrité et la pérennité de l'espace judiciaire européen en suscitant, de la part des États membres, des réactions de défense de leurs conceptions nationales, dans le cadre du processus d'adoption des règlements comme dans celui de leur application (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1

LES FRAGILITÉS THÉORIQUES DU PRINCIPE DE RECONNAISSANCE MUTUELLE

305. Le principe de reconnaissance mutuelle accompagne très tôt la construction du droit international privé de la famille européen. La référence à ce principe « comme pierre angulaire de la création d'un véritable espace judiciaire »¹⁴⁵¹ se substitue dès le règlement « Bruxelles II *bis* » à l'exigence d'amélioration et de simplification de la libre circulation des jugements en matière civile qu'impose le marché intérieur, mise en avant dans le règlement « Bruxelles II »¹⁴⁵². Mais c'est le Traité de Lisbonne qui exauce finalement le vœu formulé lors du Conseil européen de Tampere près de dix ans auparavant : l'article 81 TFUE confère au principe de reconnaissance mutuelle une assise juridique textuelle et en fait véritablement la « pierre angulaire » de la coopération judiciaire en matière civile en le consacrant comme fondement exclusif de la matière. Désormais, « [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 »¹⁴⁵³, et l'ensemble des mesures pouvant être adoptées, visées à l'article 81 § 2 TFUE et orientées à cette fin, repose sur ce principe.

306. Cette place essentielle accordée au principe de reconnaissance mutuelle pourrait faire penser que sa consécration textuelle repose sur un socle théorique solide, permettant de déterminer précisément ses effets et ses limites. Le principe semble pourtant entouré d'un nuage brumeux dont l'opacité s'intensifie au fur et à mesure de l'étude. Ce phénomène prend source dans l'origine même du principe qui, « [p]ar l'effet d'un curieux glissement sémantique »¹⁴⁵⁴ a été transposé du marché intérieur vers l'espace de liberté, de sécurité et de justice, et notamment la coopération judiciaire en matière civile, sans qu'ait été menée une réflexion sur les divergences et points communs au regard de la différence de contexte juridique entre ces deux espaces¹⁴⁵⁵. Les fondements du principe, et en particulier le lien qu'il entretient avec la confiance mutuelle à laquelle il est souvent adjoint, ne sont dès lors pas clairement définis. En

¹⁴⁵¹ Considérant 2 du règlement « Bruxelles II *bis* ». Voir également sur cette qualification Conseil européen, Conclusions du sommet de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, 2001/99, point 33.

¹⁴⁵² Considérant 2 du règlement « Bruxelles II ».

¹⁴⁵³ Article 81 § 1 TFUE.

¹⁴⁵⁴ Stéphanie FRANCO, « Un principe de reconnaissance mutuelle comme embryon d'un droit européen de la famille », in *Vers un statut européen de la famille*, Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon (dir.), Dalloz, 2014, pp. 111-130, spéc. p. 114. Voir, pour une explication relative à la proximité initiale entre le marché intérieur et la coopération judiciaire en matière civile, dont l'objectif était originellement le bon fonctionnement du marché intérieur, Eva STORSKRUBB, « Mutual trust and the limits of abolishing *exequatur* in civil justice », in *Mapping mutual trust : understanding and framing the role of mutual trust in EU Law*, Evelien Brouwer, Damien Gerard (dir.), EUI Working Paper MWP, n° 2016/13, pp. 15-22, spéc. p. 21.

¹⁴⁵⁵ Sur les différences entre ces espaces et leur répercussion sur la coopération judiciaire en matière civile, voir *infra*, n°s 459-479.

droit international privé de la famille, cela est d'autant moins le cas que la matière souffre d'une double relativisation. D'une part, au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, le phénomène de la reconnaissance des décisions judiciaires est loin d'être nouveau en matière civile. En France par exemple, le droit international privé commun a donné lieu, dans le silence du Code Napoléon et de l'ancien code de procédure civile, à une jurisprudence fournie¹⁴⁵⁶ depuis l'arrêt *Parker* de la Cour de cassation¹⁴⁵⁷, et dont les derniers développements régissent encore aujourd'hui l'effet des jugements rendus par les juridictions d'un État tiers. L'étude de ce principe dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile, en lien avec celle de la confiance mutuelle, a dès lors été quelque peu éclipsée par l'attention portée à la fois à la consécration « révolutionnaire »¹⁴⁵⁸ du principe de reconnaissance mutuelle et de la notion de confiance mutuelle dans les outils de la coopération judiciaire en matière pénale¹⁴⁵⁹, et aux implications de la confiance mutuelle en matière d'asile¹⁴⁶⁰. Dans ces domaines, une attention particulière a été portée à l'équilibre à réaliser entre confiance mutuelle et protection des droits fondamentaux qui a longtemps paru moins déterminant en matière civile¹⁴⁶¹. D'autre part, au sein de la coopération judiciaire en matière civile, globalement, du fait de la banalité de la

¹⁴⁵⁶ Voir les arrêts Civ., 28 février 1860, *Bulkley, S.*, 1860, 1, p. 210 ; *GADIP*, n° 4 ; Civ. 1, 7 janvier 1964, *Munzer, RCDIP*, 1964, p. 344, note H. BATIFFOL ; *Clunet*, 1964, p. 302, note B. GOLDMAN ; *JCP*, 1964, II, 13590, note M. ANCEL ; *GADIP*, n° 41 ; Civ. 1, 6 février 1985, *Simitch, RCDIP*, 1985, p. 243, chron. P. FRANCESCAKIS ; *Clunet*, 1985, p. 460, note A. HUET ; *D.*, 1985, p. 469, note J. MASSIP ; *Ibid.*, IR, p. 497, obs. B. AUDIT ; *GADIP*, n° 70 ; Civ. 1, 20 février 2007, *Cornelissen, RCDIP*, 2007, p. 420, note B. ANCEL, H. MUIR WATT ; *D.*, 2007, p. 1115, note L. D'AVOUT, S. BOLLÉE ; *Ibid.*, pan., p. 1751, obs. F. JAULT-SESEKE ; *JDI*, 2007, p. 1195, note F.-X. TRAIN ; *JCP G*, 2007, act. 107, note C. BRUNEAU.

¹⁴⁵⁷ Civ., 19 avril 1819, *Parker, S.*, 1819, 1, p. 129 ; *GADIP*, n° 2.

¹⁴⁵⁸ Voir en ce sens, David CHILSTEIN, « Remarques sur le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale », in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Geneviève Giudicelli-Delage, Christine Lazerges (dir.), Société de législation comparée, 2012, pp. 217-223, spéc. p. 217. Voir, nuanciant ce constat au sujet des décisions sentencielles, Anne WEYEMBERGH, « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne : mise en perspective », in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Gilles de Kerchove, Anne Weyembergh, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, pp. 25-63, spéc. pp. 27-35 et pp. 41-43.

¹⁴⁵⁹ Voir notamment en matière pénale Olivier CAHN « La chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle sacrifié la confiance mutuelle aux droits de l'homme ? Réflexions sur la jurisprudence afférente à l'article 695-22, 5°, du Code de procédure pénale », in *Droit répressif au pluriel : droit interne, droit international, droit européen, droits de l'homme. Liber amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, Limal, Bruxelles, Anthemis, Nemesis, 2014, pp. 79-111 ; Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, Christine LAZERGES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Société de législation comparée, 2012, 336 p. ; Gilles DE KERCHOVE, Anne WEYEMBERGH (dir.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, 255 p. ; sous la même direction, *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen. Mutual trust in the European criminal area*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, 337 p. ; Guillemine TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne. Contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation des décisions de justice*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2011, xv-554 p. ; Anne WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004, 404 p.

¹⁴⁶⁰ Catherine HAGUENAU-MOIZARD, « Les bienfaits de la défiance mutuelle dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in *Europe(s), Droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 226-241.

¹⁴⁶¹ Voir en ce sens Emmanuelle BRIBOSIA, Anne WEYEMBERGH, « Confiance mutuelle et droits fondamentaux : "back to the future" », *CDE*, 2016, n° 2, pp. 469-521, spéc. p. 491.

question de l'effet des jugements étrangers et de l'apparente simplicité du principe, la reconnaissance mutuelle s'impose souvent comme une « donnée acquise »¹⁴⁶², quelles qu'en soient les modalités. Lorsque la jurisprudence et la doctrine s'emparent du sujet, c'est pour l'instant la matière civile et commerciale plutôt que la matière familiale qui retient principalement¹⁴⁶³ leur attention¹⁴⁶⁴, l'intérêt que suscitent les difficultés récurrentes posées par le règlement « Bruxelles I »¹⁴⁶⁵ ayant été ravivé par la suppression de l'*exequatur*¹⁴⁶⁶ à laquelle procède le règlement « Bruxelles I bis »¹⁴⁶⁷.

307. Plan. – Dans un cas comme dans l'autre, certains constats formulés relativement au principe de reconnaissance mutuelle et à la confiance mutuelle sont transposables aux textes régissant le droit international privé de la famille. Cependant, au vu à la fois des effets particulièrement importants qu'il produit en la matière et du contexte de réserve vis-à-vis de la confiance mutuelle que s'accordent les États membres qui semble aujourd'hui façonner la construction même du droit international privé de la famille de l'Union européenne¹⁴⁶⁸, une réflexion synthétique sur les fondements du principe de reconnaissance mutuelle en droit international privé de la famille paraît nécessaire au vu de leur indétermination (SECTION 1). Le décalage entre des fondements et une conceptualisation incertains, d'une part, et les effets radicaux qui en sont tirés, d'autre part, peuvent s'expliquer par la primauté discutable dont jouit actuellement la liberté vis-à-vis de la justice dans la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, et notamment de l'espace judiciaire européen (SECTION 2).

¹⁴⁶² Maria FARTUNOVA-MICHEL, Claire MARZO, « La notion de reconnaissance mutuelle : entre confiance et équivalence », in *Les dimensions de la reconnaissance mutuelle en droit de l'Union européenne*, Maria Fartunova-Michel, Claire Marzo (dir.), Bruxelles Bruylant, 2018, pp. 13-56, spéc. p. 16.

¹⁴⁶³ Voir cependant, pour une étude globale du principe de reconnaissance mutuelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, Emmanuelle BONIFAY, *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé. Contribution à l'édification d'un espace de liberté, sécurité et justice*, Institut universitaire de Varenne, 2017, xvi-495 p. ; pour une étude en matière civile et commerciale, Adrien COMPAIN, *La cohérence du droit judiciaire européen en matière civile et commerciale*, th. dactyl., Université de Nantes, 2012, 624 p., spéc. n^{os} 156-276, pp. 183-294. Voir également Maria FARTUNOVA-MICHEL, Claire MARZO (dir.), *Les dimensions de la reconnaissance mutuelle en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, 262 p. ; Catherine HAGUENAU-MOIZARD, *op. cit.* ; Marjolaine ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen, du marché intérieur à la coopération civile*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 623 p., spéc. pp. 137-160 ; Matthias WELLER, « Mutual trust : in search of the future of European Union private international law », *JPIL*, 2015, pp. 64-102.

¹⁴⁶⁴ Marie-Laure NIBOYET, « Le principe de confiance mutuelle et les injonctions *anti-suit* », in *Forum shopping in the european judicial area*, Pascal de Vareilles-Sommières (dir.), Oxford, Portland (Oregon), Hart Publishing, 2007, pp. 77-89.

¹⁴⁶⁵ Règlement (CE) n^o 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE, n^o L 12/1, 16 janvier 2001.

¹⁴⁶⁶ Sur ce point, voir Louis D'AVOUT, « Faut-il supprimer l'*exequatur* dans le contentieux transfrontière en Europe ? Questionnement à propos des projets de révision du Règlement Bruxelles I », *Droit et procédure*, n^o 10, novembre 2010, pp. 68-73.

¹⁴⁶⁷ Article 39 du règlement (UE) n^o 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), dit « Bruxelles I bis », JOUE, n^o L 351/1, 20 décembre 2012.

¹⁴⁶⁸ Voir *infra*, n^{os} 360-385.

SECTION 1 : LES FONDEMENTS INCERTAINS DU PRINCIPE

308. Plan. – L’espace de liberté, de sécurité et de justice hérite du marché intérieur le principe de reconnaissance mutuelle fondé sur la confiance mutuelle entre les États membres. Mais alors que ces fondements sont juridiquement bien plus solides dans ce dernier espace et restent fortement politisés dans le premier (I), c’est dans l’espace de liberté, de sécurité et de justice et en particulier en matière de reconnaissance des décisions judiciaires que le principe déploie ses effets les plus importants (II).

I. Les liens entre confiance mutuelle et principe de reconnaissance mutuelle

309. Plan. – Ambiguë et polysémique¹⁴⁶⁹, « [l]a reconnaissance mutuelle est une de ces notions clés de la construction européenne dont le contenu exact varie en fonction du contexte dans lequel elle est invoquée »¹⁴⁷⁰. En droit de l’Union européenne, elle semble à première vue pouvoir se prévaloir d’un fondement commun au sein du marché intérieur et de l’espace de liberté, de sécurité et de justice : la confiance mutuelle. Cette dernière notion, désormais au cœur de la construction européenne, n’a pas fait l’objet d’une définition et d’une conceptualisation propres à en cerner le contenu et les limites¹⁴⁷¹. Néanmoins, alors que dans le cadre du marché intérieur, les États membres de l’Union s’accordent une confiance mutuelle à partir et dans les limites du constat de l’équivalence des mesures réglementant les marchandises et les services (A), elle apparaît avant tout décrétée et toujours fortement teintée d’une dimension politique dans l’espace de liberté, de sécurité et de justice (B).

A. Dans le marché intérieur : l’équivalence, la confiance, la reconnaissance

310. Outil de réduction des entraves à la libre circulation des marchandises. – En droit de l’Union européenne, le principe de reconnaissance mutuelle naît loin des considérations conflictuelles et de la question des effets des jugements étrangers. Il émerge en effet, dans le cadre du marché intérieur, de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la disparition des entraves à la libre circulation des marchandises et du travail interprétatif de la Commission. Le

¹⁴⁶⁹ Pierre CALLÉ, Paolo PASQUALIS, Patrick WAUTELET, Cyril NOURISSAT, « Pour la reconnaissance des actes authentiques au sein de l’espace de liberté, de sécurité et de justice », *LPA*, n° 68, 4 avril 2012, pp. 6-14, spéc. pp. 6-7.

¹⁴⁷⁰ Silvia PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l’espace européen : de l’émergence d’un droit fondamental à l’élaboration d’une méthode européenne de la reconnaissance*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 714 p., spéc. n° 22, p. 41.

¹⁴⁷¹ Madalina MORARU, « "Mutual trust" from the perspective of national courts. A test in creative legal thinking », in *Mapping mutual trust : understanding and framing the role of mutual trust in EU law*, op. cit., pp. 37-58, spéc. p. 38.

contexte qui le voit poindre se caractérise par deux orientations réglementaires : l'adoption de mesures interdisant les entraves à la libre circulation des marchandises et services, d'une part, et le rapprochement direct¹⁴⁷² des législations nationales par leur harmonisation, d'autre part. La conception du principe de reconnaissance mutuelle adoptée au sein du marché intérieur est alors destinée à influencer la seconde de ces orientations. Le principe a été forgé progressivement, et il n'est pas ici question de reprendre de façon détaillée toutes les étapes de sa formation¹⁴⁷³, mais plus modestement d'en exposer les grands traits afin de mieux comprendre la signification que revêt la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires.

311. Arrêt *Cassis de Dijon*. – C'est dans le célèbre arrêt *Cassis de Dijon*¹⁴⁷⁴, dans lequel il n'est pas énoncé en tant que tel, qu'il faut rechercher les fondements du principe de reconnaissance mutuelle. Ce n'est que par la suite qu'il fera l'objet d'une définition et d'une systématisation par la Commission des Communautés européennes pour devenir l'alpha et l'oméga du marché intérieur. L'espèce concernait l'importation en Allemagne d'une liqueur produite en France, dont la teneur en alcool, inférieure à la teneur minimale exigée par la réglementation allemande, rendait impropre sa commercialisation sur le territoire national. La société importatrice a contesté cette mesure au titre de l'interdiction des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation, sur le fondement de l'ancien article 30 TCEE. Saisie d'une question préjudicielle par la juridiction nationale compétente, la Cour de justice commence par rappeler « qu'en l'absence d'une réglementation commune de la production et de la commercialisation de l'alcool [...] il appartient aux États membres de régler, chacun sur son territoire, tout ce qui concerne la production et la commercialisation de l'alcool et des boissons spiritueuses »¹⁴⁷⁵. La question relevant de la compétence des États, la diversité des législations nationales est ainsi inévitable. La Cour poursuit ensuite en énonçant le principe au fondement de celui qui nous intéresse : « les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés *dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives* tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé

¹⁴⁷² Sur le rapprochement des législations nationales « induit » par les mesures de lutte contre les obstacles aux échanges, voir Emmanuelle BONIFAY, *op. cit.*, n° 50, p. 53.

¹⁴⁷³ Pour une étude détaillée de la genèse et de l'évolution du principe de reconnaissance mutuelle dans le cadre du marché intérieur, voir Alfonso MATTERA, « La reconnaissance mutuelle : une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l'assise politique d'un modèle de société humaniste », *RDUE*, 2009, n° 3, pp. 385-418.

¹⁴⁷⁴ CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, aff. 120/78, *Rec.*, 1979, p. 649 ; *RTD eur.*, 1980, p. 611, note J.-M. MASCLÉ ; *RMC*, 1980, n° 241, p. 505, note A. MATTERA.

¹⁴⁷⁵ CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, précité, point 8.

publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs »¹⁴⁷⁶. Ainsi, dans un domaine non harmonisé, dès lors que le produit respecte les exigences imposées par le pays d'origine — raison pour laquelle le principe sera également dit « du pays d'origine »¹⁴⁷⁷ —, il peut circuler librement d'un État membre à l'autre. Cependant, cette liberté n'est pas illimitée, puisqu'une « entrave » peut être justifiée par des exigences impérieuses d'intérêt général, pour peu que la mesure adoptée soit proportionnée au but poursuivi. Dans une communication à l'adresse des États membres¹⁴⁷⁸, la Commission précise l'interdiction de principe qui leur est faite de refuser la commercialisation de produits fabriqués en conformité avec la législation d'un autre État membre, même en l'absence d'harmonisation « minimale »¹⁴⁷⁹. Selon elle, « dans la mesure où le produit en cause répond "*de façon convenable et satisfaisante*" à l'objectif légitime visé par sa réglementation (sécurité, protection du consommateur, environnement, etc.), l'État membre importateur ne saurait, pour justifier l'interdiction de vente sur son territoire, invoquer le fait que les moyens utilisés pour atteindre cet objectif sont différents de ceux imposés aux produits nationaux »¹⁴⁸⁰. L'ensemble de ces éléments préfigure à la fois la place accordée au principe de reconnaissance mutuelle dans le cadre de l'intégration européenne, et le fondement de ce principe.

312. Livre blanc « L'achèvement du marché intérieur ». — La communication de la Commission constitue en effet le prélude d'un renouvellement de stratégie en matière de libre circulation des marchandises, stratégie exposée quelques années plus tard dans un Livre blanc relatif à l'achèvement du marché intérieur¹⁴⁸¹ et qui se veut plus respectueuse de la diversité des traditions juridiques nationales. Selon cette « nouvelle approche » de la Commission, validée par le Conseil¹⁴⁸², la reconnaissance mutuelle représente, du point de vue de l'intégration, une alternative et un complément¹⁴⁸³ à l'harmonisation des législations nationales, harmonisation dont le domaine doit alors être restreint. Il s'agit dans un premier temps de ne recourir à ce dernier procédé que pour les « exigences essentielles en matière de santé et de

¹⁴⁷⁶ *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

¹⁴⁷⁷ Sur cette équivalence, voir Pierre VAN OMMESELAGHE, Vincent PIESSEVAUX, V^o « Marché intérieur », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, décembre 1992, n^{os} 15-21.

¹⁴⁷⁸ Commission des Communautés européennes, Communication sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78 (*Cassis de Dijon*), JOCE, n^o C 256/2, 3 octobre 1980.

¹⁴⁷⁹ Sur ce point, et le constat d'instrumentalisation de l'arrêt par la Commission, voir Emmanuelle BONIFAY, *op. cit.*, n^{os} 70-72, pp. 64-65. Pour une appréciation positive de cette instrumentalisation, en termes de « [valorisation d]es potentialités intrinsèques » de l'arrêt, voir Alfonso MATTERA, *op. cit.*, p. 396.

¹⁴⁸⁰ Commission des Communautés européennes, Communication précitée, p. 3. C'est nous qui soulignons.

¹⁴⁸¹ Commission des Communautés européennes, L'achèvement du marché intérieur. Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen (Milan, 28-29 juin 1985), 14 juin 1985, COM(85) 310 final.

¹⁴⁸² Conseil, Résolution du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, JOCE, n^o C 136/1, 4 juin 1985.

¹⁴⁸³ Sur cette caractéristique, voir Emmanuelle BONIFAY, *op. cit.*, n^o 93, pp. 75-76.

sécurité, afin de permettre la libre circulation des produits conformes à ces exigences »¹⁴⁸⁴ et prévenir un nivellement par le bas dans ces domaines, et de « favoris[er] au maximum »¹⁴⁸⁵ l'harmonisation des normes industrielles, relatives aux spécifications techniques, en la déléguant à des organismes de normalisation dont l'action en la matière, contrairement à celle du Conseil, est soumise à un vote à la majorité qualifiée. La Commission souligne qu'« [e]n attendant la mise au point des normes européennes, c'est l'acceptation mutuelle des normes nationales [...] qui doit être le principe directeur »¹⁴⁸⁶. Le principe de reconnaissance mutuelle apparaît comme un instrument du principe de subsidiarité, du fait que comme le relève Valérie Michel, « il laisse aux États la liberté de réglementer, de la manière qu'ils jugent appropriée, la fabrication et la commercialisation des produits, l'obligation de reconnaissance mutuelle évitant que les disparités de législations nationales ne deviennent des entraves »¹⁴⁸⁷. Aussi, l'harmonisation n'intervient plus que dans les « secteurs dans lesquels la reconnaissance mutuelle est mise en échec »¹⁴⁸⁸, ou à la marge¹⁴⁸⁹, du moins dans un premier temps¹⁴⁹⁰.

Ce respect de la diversité des traditions juridiques nationales prend sa source dans un élément qui n'apparaît pas immédiatement dans l'arrêt *Cassis de Dijon* mais résulte à nouveau des travaux interprétatifs de la Commission : le fait de rechercher si le produit remplit « de façon convenable et satisfaisante » l'objectif poursuivi introduit l'idée que le principe de reconnaissance mutuelle des marchandises repose sur une certaine équivalence, du point de vue de cet objectif, entre la législation en vigueur dans le pays d'origine du produit et celle qui existe dans le pays d'importation. Le recours à la notion d'équivalence est confirmé dans le Livre blanc relatif à l'achèvement du marché intérieur¹⁴⁹¹ aux termes duquel « [l]'élément central de l'orientation de la Commission dans [le] domaine [des barrières techniques] consiste à délaisser la notion d'harmonisation au profit de la notion de reconnaissance mutuelle et d'équivalence »¹⁴⁹². Si les notions de « reconnaissance mutuelle » — énoncée formellement pour la première fois — et d'équivalence paraissent ici synonymes¹⁴⁹³, un exposé ultérieur de

¹⁴⁸⁴ Commission des Communautés européennes, L'achèvement du marché intérieur, précité, point 65, p. 18, et point 68, p. 19.

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, point 68, p. 19.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, point 65, p. 18.

¹⁴⁸⁷ Valérie MICHEL, « L'ordre juridique étatique : un ordre juridique concurrencé ? La question du principe de reconnaissance mutuelle », *Annuaire de droit européen*, vol. II, 2004, pp. 31-50, spéc. p. 41.

¹⁴⁸⁸ Emmanuelle BONIFAY, *op. cit.*, n° 93, p. 76.

¹⁴⁸⁹ En ce sens, voir Valérie MICHEL, *op. cit.*, p. 37.

¹⁴⁹⁰ Valérie Michel montre que la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle, si elle préserve en apparence la diversité des législations nationales, conduit dans un second temps à « un accroissement des domaines d'action communautaires » afin de supprimer les entraves justifiées mises en évidence par le principe de reconnaissance mutuelle : *op. cit.*, p. 41.

¹⁴⁹¹ Commission des Communautés européennes, L'achèvement du marché intérieur, précité.

¹⁴⁹² *Ibid.*, point 13, p. 6.

¹⁴⁹³ Sur ce point, voir Emmanuelle BONIFAY, *op. cit.*, n°s 100-101, pp. 80-81. Voir, dans le sens de l'identité entre équivalence et reconnaissance mutuelle, la référence citée : Alexandre BERNEL, *Le principe d'équivalence ou de « reconnaissance mutuelle » en droit communautaire*, Zurich, Schulthess Verlag, 1995, 350 p.

la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle indique que l'équivalence constitue bien plutôt le *fondement* du principe de reconnaissance mutuelle¹⁴⁹⁴.

313. Le constat d'équivalence au fondement de la reconnaissance mutuelle. – Cela ressort très clairement du fait que le principe de reconnaissance mutuelle ne peut être mis en œuvre que sur la prémisse d'une équivalence *constatée* : l'État membre de destination dispose d'un « droit de regard [...] sur l'équivalence du degré de protection offert par le produit qu'il examine par rapport à celui prévu par ses propres règles nationales »¹⁴⁹⁵. Ce n'est que si cette équivalence est constatée et si le niveau de protection exigé est raisonnable que le principe de reconnaissance mutuelle impose la libre circulation du produit en provenance d'un autre État membre. Cette limite conduit à constater avec la Commission que « [l]a liberté fondamentale de la libre circulation des produits n'est pas une liberté absolue »¹⁴⁹⁶.

C'est donc une forme d'intégration plus progressive que sert le principe de reconnaissance mutuelle dans le cadre du marché intérieur¹⁴⁹⁷, non seulement par sa méthode, qui ne recourt pas directement à une harmonisation des législations nationales, mais aussi du fait de son fondement et des limites qui l'encadrent. En effet, la possibilité pour un État membre de destination de constater l'équivalence du niveau de protection exigé par la loi de l'État membre d'origine et de sa propre législation, d'une part, et l'assurance que la circulation du produit pourra être entravée pour des motifs impératifs si l'équivalence n'est pas constatée, d'autre part, crée un sentiment de confiance mutuelle entre les États membres qui justifie l'acceptation de la reconnaissance mutuelle en dehors de toute harmonisation. Emmanuelle Bonifay note que dans le cadre du marché intérieur cette notion de confiance mutuelle ne paraît pas fondamentale — qu'elle n'est pas « une notion phare »¹⁴⁹⁸ —, à tel point que la jurisprudence ne l'a explicitement associée qu'une fois au principe de reconnaissance mutuelle, parce qu'elle n'y « constitue en réalité que la conséquence de l'équivalence préalablement constatée des législations »¹⁴⁹⁹. La relation causale entre les trois notions ne prête pas à

¹⁴⁹⁴ Sur une étude de la relation entre reconnaissance mutuelle et équivalence, voir Emmanuelle BONIFAY, *op. cit.*, n°s 102-103, pp. 81-83.

¹⁴⁹⁵ Commission des Communautés européennes, Communication interprétative de la Commission. Faciliter l'accès de produits au marché d'un autre État membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle, JOUE, n° C 265/2, 4 novembre 2003, p. 2 et point 1.2, p. 4.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, point 4, p. 5.

¹⁴⁹⁷ Voir en ce sens les propos de Jacques Delors, ancien Président de la Commission des Communautés européennes, cités par Alfonso MATTERA, *op. cit.*, p. 415 : « Pendant longtemps, les protagonistes de la Communauté ont cherché à réaliser les objectifs du traité de Rome en harmonisant progressivement leurs législations. La tâche était sans fin. C'est pourquoi la Cour de Justice, qui alimente par sa jurisprudence, surtout en période de crise, la base légale des règles européennes, a stipulé en février 1979 que "chaque produit légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre devait être admis dans le marché de tous les États membres". En substituant à l'harmonisation la reconnaissance mutuelle, cet arrêt célèbre, connu sous le nom de "Cassis de Dijon", a permis de réaliser l'Objectif 92 », c'est-à-dire le marché unique européen.

¹⁴⁹⁸ Emmanuelle BONIFAY, *op. cit.*, n° 103, p. 82.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*

confusion : le constat d'équivalence crée une confiance mutuelle entre les États membres, en particulier entre les États d'origine et de destination du produit, et justifie ainsi le recours à la reconnaissance mutuelle. C'est ainsi que l'équivalence et la confiance mutuelle ont été perçus comme des « éléments constitutifs »¹⁵⁰⁰ de la reconnaissance mutuelle. Cette relation s'avère beaucoup plus tumultueuse dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile.

B. Entre principe politique et principe juridique : une confiance mutuelle imposée dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile

314. Origine politique dans l'ELSJ. – Il est sans doute possible d'affirmer sans exagération que la notion de confiance mutuelle est l'une de celles qui posent les plus grandes difficultés dans le cadre de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice¹⁵⁰¹. Un lien direct entre le principe de reconnaissance mutuelle et la confiance mutuelle a été établi, en raison de la forte dimension politique de cette dernière notion, pour les besoins de la construction de cet espace¹⁵⁰². La confiance mutuelle a en effet été mobilisée du fait de « [l]a sensibilité politique des matières envisagées allant de la coopération judiciaire civile, commerciale et pénale des États à la politique migratoire commune »¹⁵⁰³. La notion de confiance mutuelle est ainsi sollicitée postérieurement au Conseil européen de Tampere¹⁵⁰⁴ aussi bien dans les programmes politiques du début des années 2000 précédant ou concomitants à l'adoption de textes en droit international privé de la famille¹⁵⁰⁵, que dans les considérants des règlements « Bruxelles II »¹⁵⁰⁶ et « Bruxelles II bis »¹⁵⁰⁷, premiers textes adoptés en la matière. Elle y figure alors comme le *fondement* de la reconnaissance mutuelle, devenue « pierre angulaire » de l'espace judiciaire européen en construction. Cependant, d'un point de vue politique, la fonction de la confiance mutuelle n'est pas toujours celui-ci, puisqu'elle apparaît tantôt comme

¹⁵⁰⁰ Maria FARTUNOVA-MICHEL, Claire MARZO, « La notion de reconnaissance mutuelle : entre confiance et équivalence », *op. cit.*, p. 23.

¹⁵⁰¹ Voir en ce sens Henri LABAYLE, « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *CDE*, 2014, n° 3, pp. 501-534, spéc. p. 501 : « L'Union européenne s'est appropriée un certain nombre de néologismes dont la signification juridique est inversement proportionnelle au succès de leur emploi médiatique. Vanter régulièrement la "confiance mutuelle" unissant ses États membres est une illustration de ces excès de vocabulaire qu'affronte aujourd'hui l'Espace de liberté, sécurité et justice ».

¹⁵⁰² En ce sens, voir Maria FARTUNOVA-MICHEL, Claire MARZO, *op. cit.*, p. 32. Voir également Adrien COMPAIN, *op. cit.*, n° 194, p. 217.

¹⁵⁰³ *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵⁰⁴ Sur la faible valeur des conclusions rédigées par le président finlandais à l'issue de ce Conseil, voir Peter F. SCHLOSSER, « The abolition of *exequatur* proceedings — including public policy review ? », *IPRax*, 2010, n° 2, pp. 101-104, spéc. p. 101.

¹⁵⁰⁵ Conseil, Projet de programme des mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale, JOCE, n° C 12/1, 15 janvier 2001, p. 1 ; Conseil européen, Programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JOUE, n° C 53/1, 3 mars 2005, p. 1.

¹⁵⁰⁶ Considérant 16 du règlement « Bruxelles II ».

¹⁵⁰⁷ Considérant 21 du règlement « Bruxelles II bis ».

un objectif de la construction de cet espace, tantôt comme une condition de sa réalisation. Cela est particulièrement évident dans le Programme de La Haye. D'un côté, la percevant comme un objectif, « [l]e Conseil européen estime que le projet commun visant à renforcer l'espace de liberté, de sécurité et de justice est essentiel pour garantir [...] la confiance mutuelle [...] dans toute l'Union »¹⁵⁰⁸. D'un autre côté, dans une section intitulée « Accroître la confiance mutuelle », figurant elle-même dans une partie présentant les moyens de « Renforcer la justice », le Conseil observe que « [l]a coopération judiciaire dans les matières tant pénales que 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 »¹⁵⁰⁹. Cette dualité de la confiance mutuelle ne manifeste, de notre point de vue, aucune contradiction ni aucun paradoxe, si l'on veut bien prendre la notion pour ce qu'elle est¹⁵¹⁰ : « un sentiment qui se conquiert avec le temps et la connaissance »¹⁵¹¹ et qui comme tel peut être plus ou moins fort en fonction des contextes et des entités envers lesquelles il s'exprime. Il paraît ainsi tout à fait concevable d'admettre qu'en l'état d'une intégration européenne progressive et asymétrique, le degré de confiance mutuelle existant entre les États membres varie selon le contexte, le domaine, voire les questions particulières en cause¹⁵¹².

La prudence manifestée par les États membres eux-mêmes après l'échec du traité établissant une Constitution pour l'Europe (TECE), qui avait spécifiquement consacré la confiance mutuelle en matière de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires, incite à tenir compte de ces variations. La dynamique relative à la confiance mutuelle semble en effet accuser depuis cette date un ralentissement sérieux¹⁵¹³ qui se constate, même après l'adoption du traité de Lisbonne, dans le Programme de Stockholm¹⁵¹⁴. Dans ce texte, le Conseil européen a certes fait de la confiance mutuelle le premier instrument de la mise en œuvre d'une « Europe des citoyens dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice »¹⁵¹⁵ et

¹⁵⁰⁸ Conseil européen, Programme de La Haye, précité, p. 1, spéc. p. 2.

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁵¹⁰ Sur la notion de confiance et le défaut de spécificité de sa définition en droit, voir Judith ROCHFELD, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : la confiance. De la "confiance" du consommateur ou du basculement d'un droit de protection de la partie faible à un droit de régulation du marché », *LPA*, n° 33, 16 février 2009, n° 3, p. 8.

¹⁵¹¹ *Op. cit.*, n° 5, p. 9.

¹⁵¹² Voir, en matière d'asile, Henri LABAYLE, *op. cit.*, p. 511 : « C'est à la fois la richesse et la contradiction existentielle du principe de confiance mutuelle que d'être aussi bien une condition préalable que le produit de l'action commune ».

¹⁵¹³ Voir en ce sens Henri LABAYLE, « La confiance mutuelle dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », in *Grenzüberschreitendes Recht. Crossing frontiers. Festschrift für Kay Hailbronner*, Heidelberg, Munich, Landsberg, Frechen, Hambourg, C. F. Müller, 2012, pp. 153-168, spéc. p. 155.

¹⁵¹⁴ Conseil européen, Programme de Stockholm. Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, JOUE, n° C 115/1, 4 mai 2010, p. 1.

¹⁵¹⁵ Conseil européen, Programme de Stockholm, précité, point 1.2.1, p. 5.

« le fondement d'une coopération efficace dans ce domaine »¹⁵¹⁶. Mais il affirme parallèlement que « [l]'un des principaux défis à relever à l'avenir consistera [...] à *instaurer* cette confiance et à trouver de nouveaux moyens de faire en sorte que les États membres s'appuient davantage sur les systèmes juridiques de leurs homologues et améliorent leur compréhension mutuelle à cet égard »¹⁵¹⁷. Politiquement, il ne s'agit donc plus de *garantir* ou de *renforcer* une confiance mutuelle *préexistante*, mais d'*instaurer* une confiance mutuelle « à bâtir »¹⁵¹⁸ : la confiance mutuelle n'est plus considérée comme un fondement mais comme l'objectif des mesures adoptées. Le recul est manifeste, et la Commission européenne semble en être consciente, qui évoque la nécessité d'« *édifier* la confiance »¹⁵¹⁹ et affirme qu'« un espace de la justice réellement européen ne peut fonctionner que si une confiance mutuelle prévaut entre les systèmes judiciaires nationaux »¹⁵²⁰. La Commission aborde même plus directement la difficulté que représentent, du point de vue de la confiance mutuelle et de la construction de l'Union européenne, les défaillances des systèmes judiciaires des États membres¹⁵²¹.

315. Consécration d'un principe juridique. – Pourtant, ni la variation du degré de confiance mutuelle d'une question à l'autre, ni le recul que celle-ci accuse entre les États membres ne se reflètent dans le cadre de la traduction *juridique* que connaît la confiance mutuelle. Au crédit de la prudence juridique, il est nécessaire de relever que la notion n'a pas été introduite dans le droit primaire¹⁵²² issu du traité de Lisbonne après l'échec du TECE qui, lui, la mentionnait expressément en tant que résultante de la reconnaissance mutuelle¹⁵²³. L'article 81 TFUE, dans sa rédaction issue du traité de Lisbonne, consacre ainsi le principe de reconnaissance mutuelle tout en restant muet au sujet de son fondement et de son objectif immédiat¹⁵²⁴. Aucune référence à la notion de confiance mutuelle ne figure par ailleurs dans les textes de droit dérivé adoptés en matière de droit international privé de la famille

¹⁵¹⁶ *Ibid.*

¹⁵¹⁷ *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

¹⁵¹⁸ Henri LABAYLE, *op. cit.*, p. 156.

¹⁵¹⁹ Commission européenne, Communiqué de presse « Instaurer la confiance dans les systèmes judiciaires en Europe : le forum des "Assises de la justice" se propose de façonner l'avenir de la politique de l'UE en matière de justice », IP/13/1117, 21 novembre 2013. C'est nous qui soulignons.

¹⁵²⁰ *Ibid.*

¹⁵²¹ *Ibid.* : « Non seulement les défaillances des systèmes judiciaires nationaux constituent un problème pour les États membres concernés, mais elles peuvent aussi nuire au fonctionnement du marché unique et, plus généralement, à l'ensemble du système juridique de l'UE, qui repose sur la confiance mutuelle ».

¹⁵²² Article I-42 § 1, *littera* b, TECE : « L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice : [...] en favorisant la confiance mutuelle entre les autorités compétentes des États membres, en particulier sur la base de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires ».

¹⁵²³ *Ibid.*

¹⁵²⁴ Matthias WELLER, « Mutual trust : in search of the future of European Union private international law », *op. cit.*, pp. 74-75. L'auteur remarque cependant que pour la Commission européenne, l'approche selon laquelle la reconnaissance mutuelle est le meilleur moyen de parvenir à la confiance mutuelle semble toujours valable. Voir également en ce sens en ce qui concerne la matière pénale, David CHILSTEIN, « Remarques sur le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale », *op. cit.*, pp. 220-221.

postérieurement au règlement « Bruxelles II bis »¹⁵²⁵. La valeur juridique des considérants des règlements n'est certes pas certaine ; mais l'inconstance de l'invocation de ce fondement peut à bon droit faire douter de sa consistance positive dans l'esprit même du législateur européen.

La Cour de justice, perpétuant une jurisprudence volontariste du point de vue de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, ne s'est visiblement pas considérée astreinte à la même retenue. Dans son avis 2/13 relatif à l'« adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », elle a consacré — ou, selon son terme qui nous paraît impropre, « rappel[é] »¹⁵²⁶ —, tranchant ainsi avec la prudence exprimée par les États membres¹⁵²⁷, « le principe de la confiance mutuelle entre les États membres [qui] a, dans le droit de l'Union, une importance fondamentale étant donné qu'il permet la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures »¹⁵²⁸. Cette assertion jurisprudentielle revêt une importance considérable à plusieurs égards¹⁵²⁹. Elle certifie tout d'abord la juridicité de la confiance mutuelle qui n'était jusqu'alors pas acquise, l'extrayant ainsi de son statut de « règle de raison »¹⁵³⁰, et lui confère une nature principielle¹⁵³¹. La Cour en fait ensuite le *fondement* de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ; elle ne conçoit donc pas ici la confiance mutuelle comme un objectif. Enfin, elle donne une première indication, qui reste limitée, sur la signification du principe à partir de sa justification : la confiance mutuelle repose sur « la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE »¹⁵³². Aux termes de l'article 2 TUE, « [c]es valeurs de respect de la dignité

¹⁵²⁵ À l'exception du règlement « Bruxelles II ter » (considérants 3, 54 et 55) qui, s'il constitue une refonte du règlement « Bruxelles II bis », en reprend l'essentiel des justifications.

¹⁵²⁶ Voir, s'agissant des étapes préalables à la consécration d'un véritable principe, les arrêts rendus respectivement en matière pénale et en matière d'asile : CJCE, 11 février 2003, *Gözütök et Brügge*, aff. jointes C-187/01 et C-385/01, *Rec.* 2003, p. I-1345 (*AJDA*, 2003, p. 384, chron. J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT ; *D.*, 2003, p. 1458, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *Europe*, 2003, n° 124, comm. Y. GAUTIER ; *RSC*, 2003, p. 618, obs. F. MASSIAS) et CJUE, 21 décembre 2011, *N. S.*, aff. jointes C-411/10 et C-493/10. Voir également, la formule énoncée et reprise par la Cour, selon laquelle la confiance mutuelle repose sur le partage par les États membres des « principes de liberté, de démocratie et de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'État de droit » : Conseil, Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales (2001/C 12/02), JOCE, n° C 12/1, 15 janvier 2001.

¹⁵²⁷ En ce sens, voir Henri LABAYLE, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵²⁸ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, avis 2/13, point 191.

¹⁵²⁹ Michael SCHWARZ, « Let's talk about trust, baby ! Theorizing trust and mutual recognition in the EU's area of freedom, security and justice », *European Law Journal*, 2018, vol. 24, n°s 2-3, pp. 124-141, spéc. p. 125 : « *In legal and political discourses, trust features prominently as the normative glue for transnational cooperation between Member States* ». (« Dans le discours juridique et politique, la confiance apparaît de façon évidente comme le ciment normatif de la coopération transnationale entre États membres ». La traduction est libre.)

¹⁵³⁰ Vincent HEUZÉ, « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice. L'abolition de la démocratie (1^{ère} partie) », *JCP G*, n° 13, 28 mars 2011, doctr. 359, pp. 602-606, spéc. n° 12, p. 605.

¹⁵³¹ Y percevant la consécration d'un « principe quasiment constitutionnel », voir Henri LABAYLE, « La confiance mutuelle dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *op. cit.*, p. 154.

¹⁵³² CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, avis 2/13, point 168.

humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités [...] sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ». L'adhésion à ces valeurs communes¹⁵³³ est au fondement de la construction européenne : leur respect constitue non seulement une obligation pour les États membres, mais aussi une condition à l'adhésion d'un État à l'Union européenne au titre des « critères de Copenhague »¹⁵³⁴.

316. Une portée extensive. – Dans ce contexte, l'influence de la confiance mutuelle sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires est certainement légitime. Tout d'abord, comme le rappelle Vincent Heuzé, « [c]'est en particulier [au principe de confiance mutuelle] que la procédure de reconnaissance des jugements étrangers doit d'exister : si les États n'accordaient pas leur confiance aux tribunaux étrangers, ils refuseraient purement et simplement d'attacher la moindre conséquence aux décisions rendues par eux »¹⁵³⁵. L'empreinte du principe de confiance mutuelle est donc déjà sensible, au même titre que dans tous les mécanismes de coopération et de manière universelle¹⁵³⁶, en droit international privé commun ; elle doit sans doute l'être *a fortiori* lorsque des États se sont liés les uns aux autres sur le fondement de valeurs relatives à la démocratie et au respect de l'État de droit comme

¹⁵³³ Dans le sens de la normativité des valeurs de l'article 2 TUE, voir Roberto BARATTA, « La "communauté de valeurs" dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *RAE*, 2018, n° 1, pp. 81-91, spéc. pp. 87-91. Voir également Joël RIDEAU, « Les valeurs de l'Union européenne », *RAE*, 2012, n° 2, pp. 329-349.

¹⁵³⁴ L'article 49 TUE fait du respect des valeurs énoncées à l'article 2 TUE un préalable à toute demande d'adhésion et prévoit que dans le cadre de l'examen de la demande par les institutions européennes, « [l]es critères d'éligibilité approuvés par le Conseil européen sont pris en compte ». Ces critères sont ceux qui ont été définis, au sujet de l'adhésion des pays d'Europe centrale et orientale, lors du Conseil européen de Copenhague des 21 et 22 juin 1993. Il ressort des conclusions de ce sommet que « [l]'adhésion requiert de la part du pays candidat qu'il ait des institutions stables garantissant la démocratie, la primauté du droit, les droits de l'homme, le respect des minorités et leur protection, l'existence d'une économie de marché viable ainsi que la capacité de faire face à la pression concurrentielle et aux forces du marché à l'intérieur de l'Union. L'adhésion présuppose la capacité du pays candidat à en assumer les obligations, et notamment à souscrire aux objectifs de l'union politique, économique et monétaire. La capacité de l'Union à assimiler de nouveaux membres tout en maintenant l'élan de l'intégration européenne constitue également un élément important répondant à l'intérêt général aussi bien de l'Union que des pays candidats » (point 7, A., iii, des conclusions).

¹⁵³⁵ Vincent HEUZÉ, *op. cit.*, *loc. cit.* Sur « la préexistence d'une logique de confiance mutuelle en droit international privé » commun, voir Marjolaine ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen. Du marché intérieur à la coopération civile*, *op. cit.*, n° 157, p. 150 et les références citées dans le paragraphe ; Eva STORSKRUBB, « Mutual trust and the limits of abolishing *exequatur* in civil justice », *op. cit.*, pp. 16-17 ; Matthias WELLER, *op. cit.*, pp. 72-73. Il semble que, comme le rappelle Paul Lagarde (Paul LAGARDE, « Discours de remerciement », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*. Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013, Paul Lagarde (dir.), Pedone, 2013, pp. 7-13, spéc. pp. 7-8), cela était déjà la conception qui prévalait chez Huber : « la raison des usages reçus entre les nations requiert... une compréhension mutuelle. Car si une nation prétendait ne reconnaître d'aucune façon les lois de l'autre, ni leur attribuer la valeur qui leur est due, chaque jour une infinité d'actes et de contrats deviendraient caducs et les échanges maritimes et terrestres ne pourraient se maintenir ».

¹⁵³⁶ Sur ce point, voir Saskia HUFNAGEL, Carole MCCARTNEY, « Introduction », in *Trust in international police and justice cooperation*, Saskia Hufnagel, Carole McCartney (dir.), Oxford, Portland (Oregon), Hart Publishing, 2017, pp. 1-10, spéc. p. 1.

c'est le cas des États membres de l'Union européenne. *A fortiori* : c'est-à-dire qu'il est sans doute concevable que les conditions de la reconnaissance mutuelle soient plus souples lorsqu'il s'agit d'examiner une décision rendue par la juridiction d'un État membre de l'Union que lorsque la décision qui prétend à circuler émane des juridictions d'un État tiers¹⁵³⁷, en vertu d'une présomption de conformité aux principes et valeurs sus-cités. C'est dans ce cadre que s'inscrit la démarche consistant à réduire au minimum possible les étapes à suivre et les conditions à remplir pour faire reconnaître et exécuter une décision sur le territoire d'un État membre autre que celui dans lequel elle a été rendue. Il est cependant désormais établi que les institutions européennes, au premier rang desquelles la Commission et la Cour de justice, accordent au principe de confiance mutuelle une portée si large que c'est la disparition, plus ou moins progressive, de toute étape intermédiaire à la reconnaissance et à l'exécution des décisions qui est poursuivie et d'ores et déjà initiée en matière familiale. L'une et l'autre poursuivent en cela la volonté, réaffirmée par le Conseil européen, de conduire en matière civile « le processus de suppression de toutes les mesures intermédiaires (l'*exequatur*) »¹⁵³⁸, sans nécessairement l'assortir des garanties souhaitées¹⁵³⁹, et dans tous les cas sans faire de ces garanties un préalable. Cela ressort nettement de l'exposé par la Commission de sa vision de l'avenir de la politique européenne en matière de justice, et notamment du rôle qu'elle attribue à la confiance. Elle affirme en effet que « [l]es instruments de l'Union, tels que le mandat d'arrêt européen ou *les règles sur les questions de conflit de lois* entre les États membres, *requièrent un niveau élevé de confiance mutuelle* entre les autorités judiciaires des différents États membres. *Bien que l'UE ait posé dans une large mesure les bases requises pour promouvoir la confiance mutuelle, elle doit renforcer cette action* pour que les citoyens, les praticiens du droit et les juges accordent une pleine confiance aux décisions judiciaires, indépendamment de l'État membre dans lequel elles ont été rendues »¹⁵⁴⁰. Autrement dit, le niveau élevé de confiance mutuelle que la Commission estime nécessaire, notamment, à l'uniformisation des règles de conflit de lois n'est pas atteint au moment de l'adoption d'une telle mesure qui, elle, semble pouvoir se contenter du fait que « l'UE ait largement posé les bases requises pour promouvoir la confiance mutuelle »¹⁵⁴¹. La logique ici mise en œuvre est pour le moins difficile à comprendre.

¹⁵³⁷ Vincent HEUZÉ, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵³⁸ Conseil européen, Programme de Stockholm, précité, point 3.1.2, p. 13.

¹⁵³⁹ *Ibid.*

¹⁵⁴⁰ Commission européenne, Communiqué de presse « Vers un véritable espace européen de justice : renforcer la confiance, la mobilité et la croissance », IP/14/233, 11 mars 2014. C'est nous qui soulignons.

¹⁵⁴¹ *Ibid.*

Cette évolution repose sur une approche performative de l'article 2 TUE¹⁵⁴², qui conduit les institutions européennes, et en particulier la Cour de justice, à adopter une conception quasi-absolue de la confiance mutuelle en matière de coopération judiciaire civile, et l'inscrit dans un raisonnement circulaire¹⁵⁴³ par rapport aux valeurs de l'Union. Il convient, pour en prendre la mesure, d'examiner le principe de confiance mutuelle et ses exceptions. L'un comme les autres n'ont pas été formulés spécifiquement dans le champ de la coopération judiciaire en matière civile mais à l'occasion de la réponse à la question de la compatibilité aux traités de l'adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans son avis 2/13, la Cour de justice affirme que « ce principe *impose*, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces États *de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union* et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit »¹⁵⁴⁴. Les circonstances exceptionnelles restent alors imprécises.

Principe et exceptions ont été diversement repris par la Cour de justice elle-même selon le domaine en cause de la coopération judiciaire en matière civile, sans qu'il soit certain que des conclusions autres que relatives à une jurisprudence encore peu affirmée puissent être tirées de ce constat. Ainsi, s'agissant du règlement « Bruxelles I », l'arrêt *Diageo Brands*¹⁵⁴⁵ réitère le principe et les exceptions dans les termes de l'avis 2/13. Ce rappel est ici destiné à expliciter la signification du texte du règlement, puisque la Cour souligne qu'« [a]insi qu'il ressort du considérant 16 du règlement n° 44/2001, le régime de reconnaissance et d'exécution prévu par celui-ci est fondé précisément sur la confiance réciproque dans la justice au sein de l'Union. Une telle confiance *exige*, notamment, que les décisions judiciaires rendues dans un État membre soient reconnues de plein droit dans un autre État membre »¹⁵⁴⁶. En matière familiale en revanche, l'affirmation du principe de confiance mutuelle se fait moins flamboyante, alors même que les conséquences qui en sont tirées peuvent être plus importantes. Ainsi, dans les arrêts, peu nombreux et concernant exclusivement le règlement « Bruxelles II bis », consécutifs

¹⁵⁴² Cécilia RIZCALLAH, « Le principe de confiance mutuelle : une utopie malheureuse ? », *RTDH*, 2019, pp. 297-322, spéc. p. 303.

¹⁵⁴³ *Op. cit.*, pp. 300-303.

¹⁵⁴⁴ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, avis 2/13, point 191. C'est nous qui soulignons.

¹⁵⁴⁵ CJUE, 16 juillet 2015, *Diageo Brands*, aff. C-681/13 ; *RCDIP*, 2016, p. 367, note T. AZZI ; *Procédures*, 2015, comm. 297, obs. C. NOURISSAT ; *JDI*, 2016, p. 155, note J. HEYMANN. Cet arrêt (point 40) se réfère principalement au point 191 de l'avis 2/13 de la Cour de justice (précité) afin de rappeler l'existence et la consistance du principe de confiance mutuelle.

¹⁵⁴⁶ CJUE, 16 juillet 2015, *Diageo Brands*, précité, point 40. C'est nous qui soulignons. La Cour en tire la conséquence suivante : « Dans ce système, l'article 34 du règlement n° 44/2001, qui énonce les motifs pouvant être opposés à la reconnaissance d'une décision, doit recevoir une *interprétation stricte* en ce qu'il constitue un obstacle à la réalisation de l'un des objectifs fondamentaux dudit règlement. S'agissant plus précisément du recours à la clause de l'ordre public, figurant à l'article 34, point 1, de ce règlement, il ne doit jouer que *dans des cas exceptionnels* » (point 41). C'est nous qui soulignons.

à l'avis 2/13, rendus en matière familiale¹⁵⁴⁷ et faisant mention du principe de confiance mutuelle, ce dernier ne fait pas l'objet d'un rappel solennel mais soit d'un simple énoncé nominal, soit d'un renvoi au considérant 21 du règlement qui y fait référence¹⁵⁴⁸. La Cour n'a donc pas choisi ici la voie d'un rappel ferme du principe. Des précisions auraient pourtant été bienvenues en la matière, tant l'arrêt *Aguirre Zarraga*¹⁵⁴⁹, rendu quelques années auparavant, a suscité de questions et réactions. Dans cet arrêt, la Cour de justice paraît accorder une portée telle au principe de confiance mutuelle qu'il semble empêcher, dans une matière dans laquelle l'octroi de la force exécutoire d'une décision dans l'État membre requis n'est soumise à aucune procédure, de faire exception à ce mécanisme en cas d'atteinte aux droits fondamentaux¹⁵⁵⁰. Cette solution s'explique par le fait que, pour la Cour, si le principe de confiance mutuelle impose le respect des droits fondamentaux, il doit, en retour, reposer sur une présomption de respect des valeurs de l'article 2 TUE. Dès lors, « c'est parce que les ordres juridiques nationaux sont présumés respecter les valeurs de l'article 2 TUE que les États sont tenus de se faire confiance ; mais c'est aussi parce que les États doivent se témoigner une confiance mutuelle qu'ils sont tenus de présumer le respect de ces valeurs par les ordres juridiques des États membres »¹⁵⁵¹.

317. Conclusion. – Transition. – Loin de la confiance éprouvée du marché intérieur¹⁵⁵², une telle logique circulaire manque de fondements solides, comme semblent le révéler le mutisme des textes de droit de l'Union européenne à l'égard de cette notion et les hésitations de la Cour à la mettre en exergue. La confiance mutuelle semble pourtant investie d'une mission qui traditionnellement la dépasse, celle de répondre à « la question qui se pose, en matière de circulation des décisions de justice, de savoir "*comment* un jugement prononcé au nom d'une souveraineté étrangère peut produire des effets dans l'ordre juridique" »¹⁵⁵³, et plus seulement à la question, préalable, de savoir *si* un jugement étranger peut y produire des effets. Elle fonde alors en matière familiale des régimes très souples de reconnaissance mutuelle des décisions.

¹⁵⁴⁷ CJUE, 9 septembre 2015, *Bohez*, aff. C-4/14 ; *D.*, 2015, p. 1846 ; *Ibid.*, p. 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *RCDIP*, 2016, p. 195, note G. PAYAN ; *AJ fam.*, 2016, p. 46, obs. A. CASSAGNES ; *Procédures*, 2015, n° 326, obs. C. NOURISSAT ; *Europe*, 2015, n° 465, obs. L. IDOT ; CJUE, 16 janvier 2019, *Liberato*, aff. C-386/17 ; *D.*, 2019, p. 135 ; *Ibid.*, p. 1016, obs. S. CLAVEL, F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.*, 2019, p. 214, obs. A. BOICHÉ ; *Europe*, 2019, comm. 138, obs. L. IDOT.

¹⁵⁴⁸ CJUE, 9 septembre 2015, *Bohez*, précité ; CJUE, 16 janvier 2019, *Liberato*, précité, point 46.

¹⁵⁴⁹ CJUE, 22 décembre 2010, *Aguirre Zarraga*, aff. C-491/10 PPU, *Rec.*, 2010, p. I-14247.

¹⁵⁵⁰ Sur ce point et sa critique, voir *infra*, n°s 343-355.

¹⁵⁵¹ Cécilia RIZCALLAH, *op. cit.*, p. 303.

¹⁵⁵² Voir, relevant que « [d]ans le cadre du marché intérieur, le principe de reconnaissance mutuelle conduit [...] à tester l'équivalence entre deux législations et a pour effet de modérer, voire d'interdire l'application de certaines dispositions de la loi de l'État d'accueil » : Stéphanie FRANCO, « Un principe de reconnaissance mutuelle comme embryon d'un droit européen de la famille », *op. cit.*, pp. 113-114.

¹⁵⁵³ Guillemine TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne. Contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation des décisions de justice*, *op. cit.*, n° 17, p. 25, citant Hélène Péroz, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ, 2005, 326 p., spéc. n° 1, p. 1. C'est nous qui soulignons.

La mise en œuvre de mesures spécifiques d'accompagnement dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile, notamment l'uniformisation des règles de conflit de lois et de compétence internationale, ne permet pourtant pas d'asseoir fermement le principe de confiance mutuelle et, par conséquent, le principe de reconnaissance mutuelle. Il nous appartient désormais de le démontrer.

II. De l'allègement à la suppression de l'*exequatur* en matière familiale : inférence systématique à partir d'une caractérisation incohérente de la confiance mutuelle

318. Les variations de régime de circulation des décisions au sein même de la matière familiale révèlent, plus que les discours institutionnels sur la confiance mutuelle, le lien erratique qui existe entre la confiance mutuelle et les éléments sur lesquels elle est censée reposer dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile¹⁵⁵⁴. Il n'est, en effet, pas possible de déduire de la présence ou de l'absence de ces éléments un régime de libre circulation déterminé. Une description des différents régimes mis en œuvre est nécessaire pour s'en apercevoir.

319. Influence variable de l'uniformisation des règles de compétence internationale directe. – Dans la droite ligne des conclusions du Conseil de Tampere¹⁵⁵⁵, les règlements de droit international privé de la famille ont mis en œuvre des mécanismes simplifiés de reconnaissance et d'exécution des décisions, allant parfois jusqu'à la suppression de toute mesure intermédiaire y relative.

320. L'allègement des procédures se laisse déjà observer dans le règlement « Bruxelles II »¹⁵⁵⁶, selon des modalités qui ont pu partiellement perdurer dans les règlements « Bruxelles II *bis* » et « Bruxelles II *ter* ». Mais cet assouplissement reste limité à cette époque, ce qui se constate en matière de reconnaissance. Ainsi, les décisions rendues dans un État membre en matière matrimoniale et de responsabilité parentale sont automatiquement

¹⁵⁵⁴ Pour le constat d'une variation dans la jurisprudence de la Cour de justice des liens entre confiance mutuelle et reconnaissance mutuelle au sein des différents domaines de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, voir Madalina MORARU, « "Mutual trust" from the perspective of national courts. A test in creative legal thinking », *op. cit.*, pp. 40-45.

¹⁵⁵⁵ Conseil européen, Conclusions du Conseil de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, point 34 : « En matière civile, le Conseil européen invite la Commission à faire une proposition visant à réduire davantage les mesures intermédiaires qui sont encore requises pour permettre la reconnaissance et l'exécution d'une décision ou d'un jugement dans l'État requis. Dans un premier temps, il conviendrait de supprimer ces procédures intermédiaires pour les droits concernant des demandes de faible importance en matière civile ou commerciale et pour certains jugements concernant des litiges relevant du droit de la famille (par exemple, les créances alimentaires et les droits de visite). Ces décisions seraient automatiquement reconnues dans l'ensemble de l'Union sans procédure intermédiaire ni motifs de refus d'exécution. Ce dispositif pourrait s'accompagner de la fixation de normes minimales pour certains aspects de procédure civile ».

¹⁵⁵⁶ Le mécanisme général est identique dans le règlement « Bruxelles II *bis* ».

reconnues dans les autres États membres¹⁵⁵⁷. Néanmoins, comme le rappelle Christelle Chalas au sujet du règlement « Bruxelles II *bis* » qui perpétue la même approche, « [l']expression reconnaissance de plein droit ne signifie pas reconnaissance absolue et irrévocable. Le mécanisme de la reconnaissance de plein droit s'apparente en réalité à celui de la *condition résolutoire* : l'efficacité internationale de la décision étrangère est présumée et des effets lui sont reconnus tant que son irrégularité n'est pas judiciairement établie. En revanche, la décision étrangère perd rétroactivement son efficacité internationale dans l'État requis si son irrégularité vient à y être établie à l'issue d'une action principale en non-reconnaissance (article 21, § 3) ou d'un contrôle judiciaire exercé à titre incident (article 21, § 4) »¹⁵⁵⁸. Dès lors, toute partie intéressée peut en demander la reconnaissance¹⁵⁵⁹ ou la non-reconnaissance¹⁵⁶⁰. La confiance mutuelle se traduit ici d'abord par une limitation des motifs de refus de reconnaissance — qui sont aussi les motifs de refus d'exécution — énumérés dans le règlement¹⁵⁶¹. En particulier, comme dans l'ensemble des règlements de droit international privé, le contrôle de la compétence du juge d'origine est exclu¹⁵⁶², soit que tout contrôle ait été supprimé, soit que l'incompétence de ce juge ne fasse pas partie des motifs de refus, voire ait été expressément exclu par le règlement pertinent.

Le raisonnement à l'origine de cette disparition a été formellement énoncé par la Cour de justice dans l'arrêt *Purrucker*¹⁵⁶³ aux termes duquel « [c]'est cette confiance mutuelle qui a permis la mise en place d'un système obligatoire de compétences, que toutes les juridictions entrant dans le champ d'application du règlement n° 2201/2003 *sont tenues de respecter*, et la *renonciation corrélative* par les États membres à leurs règles internes de reconnaissance et d'*exequatur* au profit d'un mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution des décisions rendues dans le cadre de procédures en matière de responsabilité parentale »¹⁵⁶⁴. La présomption de respect des règles uniformisées, sur laquelle repose et qu'impose en même

¹⁵⁵⁷ Articles 14 § 1 du règlement « Bruxelles II » et 21 § 1 du règlement « Bruxelles II *bis* ».

¹⁵⁵⁸ Christelle CHALAS, « Commentaire de l'article 21 du règlement "Bruxelles II *bis*" », in *Droit européen du divorce*, Sabine Corneloup (dir.), LexisNexis, 2013, pp. 351-380, spéc. n° 50, pp. 369-370. C'est l'auteure qui souligne.

¹⁵⁵⁹ Du fait de ce mécanisme conditionnel, l'action directe en reconnaissance de la décision garde en effet son intérêt, même si la décision est reconnue de plein droit, pour assurer la sécurité juridique aux différentes situations qui pourraient être affectées par la décision.

¹⁵⁶⁰ Articles 14 § 3 du règlement « Bruxelles II », 21 § 3 du règlement « Bruxelles II *bis* », 30 § 3, 40 § 1 et 59 du règlement « Bruxelles II *ter* ».

¹⁵⁶¹ Article 15 du règlement « Bruxelles II », qui distingue les causes selon que la décision dont la reconnaissance est contestée a été rendue en matière matrimoniale (§ 1, équivalent des articles 22 du règlement « Bruxelles II *bis* » et 38 du règlement « Bruxelles II *ter* ») ou de responsabilité parentale (§ 2, équivalent des articles 23 du règlement « Bruxelles II *bis* » et 39 du règlement « Bruxelles II *ter* »).

¹⁵⁶² Sur ce point, voir *supra*, n° 220.

¹⁵⁶³ CJUE, 15 juillet 2010, *Bianca Purrucker c. Guillermo Vallés Pérez*, aff. C-256/09 PPU, *Rec.*, 2010, p. I-7353 ; *AJ fam.*, 2010, p. 539, obs. A. BOICHÉ ; *Europe*, 2010, n° 350, note L. IDOT ; *Procédures*, 2010, n° 343, note C. NOURISSAT.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*, point 72. C'est nous qui soulignons.

temps la confiance mutuelle, est donc aussi valable en ce qui concerne les règles de compétence internationale directe : il est en effet, selon la Cour, « inhérent à ce principe de confiance mutuelle que la juridiction d'un État membre saisie d'une demande en matière de responsabilité parentale vérifie sa compétence au regard des articles 8 à 14 du règlement n° 2201/2003 et qu'il ressorte clairement de la décision rendue par cette juridiction que cette dernière a entendu se soumettre aux règles de compétence directement applicables, prévues par ce règlement, ou qu'elle a statué conformément à celles-ci »¹⁵⁶⁵.

Cependant, une lecture d'ensemble du règlement « Bruxelles II », comme des règlements « Bruxelles II *bis* » et « Bruxelles II *ter* », permet aisément de constater que la corrélation entre uniformisation des règles de compétence directe et libéralisation des motifs de non-reconnaissance et d'exécution des décisions émanant d'un autre État membre n'est pas parfaite et fait ainsi douter du fondement avancé. En effet, ces textes n'ont pas fait de l'uniformisation des règles de compétence directe une condition indispensable de la « libre circulation » des décisions¹⁵⁶⁶. En matière matrimoniale¹⁵⁶⁷ comme en matière de responsabilité parentale¹⁵⁶⁸, des dispositions sont consacrées aux compétences résiduelles qui permettent aux justiciables, lorsqu'aucune juridiction n'a pu être saisie sur le fondement des autres règles de compétence prévues par le règlement, de saisir une juridiction d'un État membre sur le fondement des règles de droit commun de cet État. Ces règlements permettent ensuite à une décision rendue par une juridiction ayant subsidiairement retenu sa compétence sur le fondement de ses règles de droit commun de bénéficier du régime allégé d'effet des jugements qu'ils mettent en œuvre¹⁵⁶⁹. Ce régime allégé s'applique donc alors même que le juge d'origine n'a pas tiré sa compétence d'une règle uniforme. De même, la Cour de justice a considéré, dans son arrêt *Liberato*, qu'en cas de violation des règles de litispendance, le juge premier saisi ne peut, « sous peine de contrôler la compétence de la juridiction deuxième saisie, [...] refuser la reconnaissance d'une décision rendue par cette dernière en violation de la règle de litispendance »¹⁵⁷⁰. Cette solution est destinée à perdurer avec l'entrée en vigueur du règlement « Bruxelles II *ter* », dont le cinquante-sixième considérant précise que « [l]a liste des motifs de refus de reconnaissance prévus dans le présent règlement est exhaustive. Il ne devrait pas être possible d'invoquer comme motifs de refus, les motifs qui ne sont pas énumérés dans le présent règlement, *tels*

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*, point 73.

¹⁵⁶⁶ Pour une analyse critique de la *nécessité* d'adopter des règles uniformes de compétence internationale, voir *supra*, n°s 212-220.

¹⁵⁶⁷ Articles 8 du règlement « Bruxelles II », 7 du règlement « Bruxelles II *bis* » et 6 du règlement « Bruxelles II *ter* ».

¹⁵⁶⁸ Articles 8 du règlement « Bruxelles II » et 14 des règlements « Bruxelles II *bis* » et « Bruxelles II *ter* ».

¹⁵⁶⁹ Voir *supra*, n° 220.

¹⁵⁷⁰ CJUE, 16 janvier 2019, *Liberato*, précité, point 52.

qu'une violation de la règle de litispendance »¹⁵⁷¹. Ainsi, il semble possible d'en conclure soit que la confiance mutuelle n'est pas un préalable nécessaire à la reconnaissance des décisions, soit que l'uniformisation des règles de compétence ne constitue pas, malgré ce qu'en dit la Cour, un élément de nature à instaurer la confiance mutuelle et à justifier corrélativement la disparition du contrôle de la compétence du juge d'origine¹⁵⁷².

Quant à l'exécution des décisions, les règlements « Bruxelles II » et « Bruxelles II bis » mettent en œuvre un régime simplifié d'exécution des décisions en matière de responsabilité parentale¹⁵⁷³, notion entendue au sens strict dans le second texte qui consacre un régime spécial encore plus favorable en matière de droit de visite et de retour de l'enfant¹⁵⁷⁴. Le régime simplifié s'applique aux décisions devenues exécutoires dans l'État membre d'origine ; l'exécution est subordonnée à une décision de l'État membre requis déclarant la décision d'origine exécutoire. La juridiction saisie doit dans ce cas « statue[r] à bref délai, sans que la personne contre laquelle l'exécution est demandée puisse, à ce stade de la procédure, présenter d'observations »¹⁵⁷⁵ ; elle peut d'ores et déjà à ce stade, à la fois d'après le règlement « Bruxelles II » et d'après le règlement « Bruxelles II bis »¹⁵⁷⁶, rejeter la requête pour l'un des motifs énumérés par le texte¹⁵⁷⁷.

321. Des textes subséquentement adoptés, ceux qui vont le plus loin dans la simplification des mécanismes d'effet des jugements sont d'une part les règlements « Bruxelles II bis » et « Bruxelles II ter » en matière de droit de visite et de retour de l'enfant¹⁵⁷⁸ et d'autre part le règlement « Aliments » dans le cas où la décision émane d'un État membre lié par le protocole de La Haye de 2007¹⁵⁷⁹ — qui uniformise les règles de conflit de lois en matière alimentaire entre la quasi-totalité des États membres¹⁵⁸⁰. Dans l'un et l'autre cas, non seulement il n'existe

¹⁵⁷¹ C'est nous qui soulignons.

¹⁵⁷² Pour une remise en cause plus générale de la nécessité de l'uniformisation des règles de compétence internationale pour mettre en œuvre la reconnaissance mutuelle des décisions, voir *supra*, n°s 212-220.

¹⁵⁷³ Ceci s'explique par le fait qu'une décision portant sur le seul principe du divorce ou du relâchement matrimonial produit ses effets automatiquement au moment du rendu de la décision. Les difficultés qui auraient pu être rencontrées en matière de modification des actes d'état civil ont été anticipées par l'ajout d'une précision à l'article 14 § 2 selon lequel « aucune procédure n'est requise pour la mise à jour des actes d'état civil d'un État membre sur la base d'une décision rendue dans un autre État membre en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, qui n'est plus susceptible de recours selon la loi de cet État membre ».

¹⁵⁷⁴ Sur ce régime et sur la suppression de l'*exequatur* dans le règlement « Bruxelles II ter », voir *infra*, n°s 321 et 324.

¹⁵⁷⁵ Articles 24 § 1 du règlement « Bruxelles II » et 31 § 1 du règlement « Bruxelles II bis ». Sur le détail de cette procédure « unilatérale », voir Emmanuel GUINCHARD, « Le droit international privé européen de l'exécution en matière extrapatrimoniale (règlement Bruxelles II bis) », *AJ fam.*, 2006, pp. 99-102, spéc. pp. 99-100.

¹⁵⁷⁶ Article 31 § 2, et les articles 22, 23 et 24 auxquels il est renvoyé, du règlement « Bruxelles II bis ».

¹⁵⁷⁷ Article 24 § 2, et les articles 15, 16 et 17 auxquels il est renvoyé, du règlement « Bruxelles II ».

¹⁵⁷⁸ Articles 41 et 42 du règlement « Bruxelles II bis ». Sur les décisions provisoires en la matière, voir Hélène PÉROZ, *op. cit.*, n° 312, pp. 165-166.

¹⁵⁷⁹ Article 17 du règlement « Aliments ».

¹⁵⁸⁰ Le Danemark n'est pas lié par ce texte. Si le Royaume-Uni n'a originellement pas participé à l'adoption du règlement « Aliments », il a notifié dans un second temps son intention de l'accepter : décision de la Commission du 8 juin 2009 sur l'intention du Royaume-Uni d'accepter le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil relatif à la

plus d'étape intermédiaire à la reconnaissance ou à l'exécution *a priori*, mais il n'existe plus non plus, *a posteriori*, de possibilité de contester la reconnaissance ou l'exécution des décisions concernées : ces textes ont ainsi pour point commun de ne plus concevoir la reconnaissance ou l'exécution *de plano* comme un mécanisme s'apparentant à celui de la condition résolutoire. Il n'est plus désormais possible de faire échec à la mise en œuvre de la décision étrangère que sur le terrain de l'exécution¹⁵⁸¹.

Une fois ces similitudes dégagées, il faut observer que le règlement « Aliments » est le plus libéral des trois en la matière. Ce trait le caractérise déjà s'agissant des décisions rendues dans des États non liés par le protocole de La Haye. En effet, le règlement prévoit, dans ce cas, une déclaration du caractère exécutoire de la décision dès lors que l'intéressé forme une demande en ce sens¹⁵⁸², sans possibilité pour le juge d'examiner à ce stade les motifs de refus d'exécution prévus par le règlement¹⁵⁸³. Un recours peut seulement être formé par l'une des parties contre la décision relative à la déclaration¹⁵⁸⁴. Le règlement prévoit donc l'application du même régime d'effet des jugements que celui qui est mis en œuvre dans les règlements « Régimes matrimoniaux »¹⁵⁸⁵ et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés »¹⁵⁸⁶ alors même que, contrairement à ces textes complets, la décision alimentaire en cause aura été rendue dans un État membre, le Danemark, dans lequel ne s'appliquent pas les règles uniformes de conflit de lois¹⁵⁸⁷, et qui n'était pas lié, au moment de l'adoption du règlement, par les règles uniformes de compétence internationale¹⁵⁸⁸. Aussi, lorsque ces deux conditions sont réunies, c'est à une assimilation des décisions rendues par les autres États membres aux décisions internes que tend le règlement.

322. L'*exequatur*, d'une part, disparaît impérativement dans ce texte s'agissant des décisions rendues dans un État membre lié par le protocole de La Haye – contrairement au règlement

compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JOUE, n° L 149/73, 12 juin 2009. Sur les mécanismes d'*opt-in* et d'*opt-out* qui s'appliquent à ces États, voir *infra*, n°s 362-364.

¹⁵⁸¹ C'est aussi le cas des décisions ordinaires en matière de responsabilité parentale qui seront rendues et exécutées sur le fondement du règlement « Bruxelles II *ter* » ; néanmoins, compte tenu de l'absence de toute procédure d'*exequatur* et de la particularité des motifs de refus d'exécution prévus par le règlement à leur égard, une analyse distincte nous semble nécessaire (sur laquelle voir *infra*, n° 324).

¹⁵⁸² Article 26 du règlement « Aliments ».

¹⁵⁸³ Article 30 du règlement « Aliments ».

¹⁵⁸⁴ Article 32 du règlement « Aliments ».

¹⁵⁸⁵ Articles 42 et 47 du règlement « Régimes matrimoniaux ».

¹⁵⁸⁶ Articles 47 et 49 du règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

¹⁵⁸⁷ Pour une analyse comparée de l'influence de l'adoption de règles uniformes de conflit de lois sur la construction de la confiance mutuelle, voir *infra*, n° 325.

¹⁵⁸⁸ Par une lettre du 14 janvier 2009, le Danemark a certes notifié à la Commission (sur le fondement de l'article 3 § 2 de l'Accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE, n° L 299/62, 16 novembre 2005) sa décision d'appliquer le règlement « Aliments » dans la mesure où il modifie le règlement « Bruxelles I ». La construction initiale du régime de circulation des décisions alimentaires n'en reste pas moins notable.

« Bruxelles II *bis* »¹⁵⁸⁹, dans lequel l'abandon de cette étape n'est que facultatif pour les parties¹⁵⁹⁰. Dans ce cas, l'intégration de la décision alimentaire étrangère sans aucun contrôle dans l'ordre juridique de l'État membre requis est donc la seule voie possible. Cette suppression absolue de l'*exequatur* a par ailleurs d'autant plus de force que, contrairement aux règlements « Bruxelles II *bis* » et « Bruxelles II *ter* », le règlement « Aliments » ne fait pas reposer la circulation sans entrave de la décision sur une procédure de certification. Or, la certification de la décision est censée permettre d'assurer au juge requis le respect par le juge d'origine de normes minimales uniformisées¹⁵⁹¹. Ainsi, dans les règlements « Bruxelles II *bis* » et « Bruxelles II *ter* », des conditions encadrent la procédure par défaut et l'audition des parties, et notamment de l'enfant¹⁵⁹². Et si ces règlements ne disent rien en ce sens, il est permis de penser — la suppression de l'*exequatur* dans les règlements « Bruxelles II *bis* », « Bruxelles II *ter* » et « Aliments » étant également considérée comme justifiée par la confiance mutuelle¹⁵⁹³ — que le raisonnement développé, au sujet de la confiance mutuelle, dans le règlement « Titre exécutoire européen »¹⁵⁹⁴ (ci-après « TEE ») vaut de même, *mutatis mutandis*, dans le cadre des règlements « Bruxelles II *bis* » et « Bruxelles II *ter* » : aux termes du considérant 18 du règlement « TEE », « [l]a confiance mutuelle dans l'administration de la justice dans les États membres fait en sorte qu'une juridiction d'un État membre peut considérer que toutes les conditions de la certification en tant que titre exécutoire européen sont remplies pour permettre l'exécution d'une décision dans tous les autres États membres, sans contrôle juridictionnel de l'application correcte des normes minimales de procédure dans l'État membre où la décision doit être exécutée ». Nouvelle manifestation du raisonnement circulaire¹⁵⁹⁵,

¹⁵⁸⁹ L'article 40 § 2 du règlement « Bruxelles II *bis* » prévoit en effet que « [l]es dispositions de la présente section n'empêchent pas un titulaire de la responsabilité parentale d'invoquer la reconnaissance et l'exécution d'une décision, conformément aux dispositions contenues dans les sections 1 et 2 du présent chapitre ». L'article 42 § 2 du règlement « Bruxelles II *ter* » est rédigé dans des termes similaires (« La présente section n'empêche pas une partie de demander la reconnaissance et l'exécution d'une décision visée au paragraphe 1 conformément aux dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution prévues à la section 1 du présent chapitre ») ; la portée de ce texte n'est cependant pas identique, car contrairement à l'article 40 § 2 du règlement « Bruxelles II » qui vise un régime d'*exequatur a priori*, cette disposition du règlement « Bruxelles II *ter* » renvoie quant à elle à un régime qui dispense de toute procédure *a priori*. Ainsi, dans le règlement « Bruxelles II *ter* », quel que soit le choix effectué sur le fondement de l'article 42 § 2, l'*exequatur* n'est pas nécessaire à l'exécution de la décision en cause ; ce n'est que sur le plan de la contestation de l'exécution qu'une différence apparaît.

¹⁵⁹⁰ Sur ce point concernant le règlement « Bruxelles II *bis* », voir Emmanuel GUINCHARD, *op. cit.*, p. 100.

¹⁵⁹¹ Voir en ce sens, au sujet du règlement « Titre exécutoire européen », Louis D'AVOUT, « La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004 », *RCDIP*, 2006, pp. 1-48, spéc. n° 1, pp. 3-4.

¹⁵⁹² Articles 41 et 42 du règlement « Bruxelles II *bis* » et 47 §§ 3 et 4 du règlement « Bruxelles II *ter* ».

¹⁵⁹³ En ce sens, voir Fernando PAULINO PEREIRA, « La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne : bilan et perspectives », *RCDIP*, 2010, pp. 1-36, spéc. p. 18. Le considérant 21 du règlement « Bruxelles II *bis* » lie expressément le régime d'effet des jugements au principe de confiance mutuelle, de même que les considérants 54 et 55 du règlement « Bruxelles II *ter* ».

¹⁵⁹⁴ Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, JOUE, n° L 143/15, 30 avril 2004.

¹⁵⁹⁵ Sur un tel raisonnement, mené par la Cour de justice, voir *supra* n° 316.

œuvre cette fois-ci du législateur européen, ce considérant souligne à la fois la présomption de respect par le juge d'origine des conditions de certification et le caractère suffisant de ces conditions pour justifier la suppression de l'*exequatur*. S'il n'est pas certain que les critères de certification justifient effectivement la disparition de tout contrôle, en particulier celui de la conformité à l'ordre public international de l'État membre requis¹⁵⁹⁶, la certification a le mérite de traduire la recherche d'une équivalence minimale et donc une tentative de fonder la confiance mutuelle sur des éléments tangibles. Aucune démarche de la sorte dans le règlement « Aliments », qui définit dès lors une « présomption irréfragable d'équivalence »¹⁵⁹⁷ entre les décisions rendues par les juges des différents États membres en matière alimentaire, fondée principalement sur la présomption de respect des principes et valeurs de l'article 2 TUE.

323. D'autre part, les règles relatives à l'*exécution*, qui nécessitent d'être maintenues même lorsque l'*exequatur* disparaît, se révèlent à nouveau plus souples dans le règlement « Aliments » que dans le règlement « Bruxelles II bis ». La matière alimentaire partage, certes, avec les questions de droit de visite et de retour de l'enfant dans le règlement « Bruxelles II bis » une soumission des motifs de refus ou de suspension d'exécution à la loi de l'État membre d'exécution¹⁵⁹⁸, ce qui achève l'assimilation par le législateur européen des décisions rendues par les juridictions de l'État membre requis et de celles qui émanent d'un autre État membre¹⁵⁹⁹. Mais à nouveau, le règlement « Aliments » va un peu plus loin dans l'approche libérale de la « circulation » des jugements. Cette affirmation peut paraître paradoxale, compte tenu du fait que, contrairement au règlement « Bruxelles II bis », le règlement « Aliments » encadre les motifs de refus et de suspension prévus par la loi de l'État membre d'exécution qui ne s'appliquent que « pour autant qu'ils ne soient pas incompatibles » avec certaines exigences définies par le texte européen¹⁶⁰⁰. Celles-ci tiennent, s'agissant du refus d'exécution, premièrement, à la prescription du droit de demander l'exécution de la décision. L'article 21 § 2, al. 1 du règlement « Aliments » indique en effet qu'« [à] la demande du débiteur, l'autorité compétente de l'État membre d'exécution refuse, intégralement ou partiellement, l'exécution de la décision de la juridiction d'origine lorsque le droit d'obtenir

¹⁵⁹⁶ Sur ce point, voir *infra*, n^{os} 349-355.

¹⁵⁹⁷ María LÓPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, LGDJ, 2013, 462 p., spéc. n^o 172, p. 157.

¹⁵⁹⁸ Articles 47 § 2 du règlement « Bruxelles II bis » et 21 du règlement « Aliments ».

¹⁵⁹⁹ Cette solution ne surprend guère, étant donné qu'en matière d'effet des jugements, c'est l'*exequatur* qui est censé intégrer la décision étrangère à l'ordre juridique de l'État requis. Si sa disparition traduit une volonté d'assimilation originelle de ces deux décisions, il n'y a pas lieu de réintroduire un élément de distinction au stade de l'exécution. C'est pour cette raison que l'on peut s'étonner, en comparaison, de la solution adoptée par le règlement « Bruxelles II ter » en matière de refus d'exécution des décisions ordinaires, en particulier en ce qui concerne la réintroduction à ce stade d'un contrôle de la conformité de la décision à exécuter à l'ordre public international (sur ce point, voir *infra*, n^o 324).

¹⁶⁰⁰ Article 21 § 1 du règlement « Aliments ». C'est aussi ce que prévoit l'article 57 du règlement « Bruxelles II ter » s'agissant des décisions ordinaires et privilégiées en matière de responsabilité parentale.

l'exécution de la décision de la juridiction d'origine est prescrit, aux termes de la loi de l'État membre d'origine ou de l'État membre d'exécution, le plus long délai de prescription étant retenu ». Secondement, l'inconciliabilité de la décision à exécuter avec une décision rendue ou exécutable dans l'État membre requis octroie au juge la faculté de refuser l'exécution¹⁶⁰¹. L'article 21 § 3 prévoit par ailleurs une faculté pour le juge requis de suspendre l'exécution lorsque la décision fait l'objet d'une demande de réexamen devant le juge d'origine. Ces limitations de la portée du droit national de l'État membre d'exécution peuvent être perçues comme des mesures de contrôle destinées à construire une confiance mutuelle qui ne serait pas irréfragablement présumée. Pourtant, ces dispositions marquent en partie un recul de ce contrôle par rapport au règlement « Bruxelles II *bis* », dont l'article 47 § 2, al. 2 prévoit qu'« une décision certifiée conformément à l'article 41, paragraphe 1, ou à l'article 42, paragraphe 1, *ne peut être exécutée* si elle est inconciliable avec une décision exécutoire rendue ultérieurement ». Ainsi, alors que le refus d'exécution s'impose impérativement, selon cette disposition, à l'autorité chargée de l'exécution lorsque ses conditions sont par ailleurs réunies, dans le règlement « Aliments », le refus ou la suspension ne peut intervenir qu'à la demande du débiteur ce qui aggrave sa position procédurale déjà affaiblie par la suppression de l'*exequatur*¹⁶⁰².

324. Cas particulier : l'exécution des décisions ordinaires en matière de responsabilité parentale dans le règlement « Bruxelles II *ter* ». – Le règlement « Bruxelles II *ter* » s'inscrit dans la même ligne libérale du point de vue de l'effet des jugements que les dispositions des règlements « Bruxelles II *bis* » et « Aliments » précédemment analysées, ce qu'a d'ores et déjà montré l'étude du régime de l'effet des décisions concernant le droit de visite et le retour de l'enfant¹⁶⁰³. Cependant, s'agissant de l'exécution des décisions *ordinaires* en matière de responsabilité parentale, le législateur semble avoir adopté une réglementation hybride, dont la logique apparaît peu intelligible.

En effet, en vertu de l'article 34 § 1 du règlement, « [l]es décisions rendues dans un État membre en matière de responsabilité parentale, qui y sont exécutoires, sont exécutoires dans les autres États membres sans qu'une déclaration constatant leur force exécutoire ne soit nécessaire ». Ainsi, comme en matière de droit de visite et de retour de l'enfant dans les règlements « Bruxelles II *bis* » et « Bruxelles II *ter* », et comme pour les décisions rendues par les juridictions d'un État lié par le protocole de La Haye dans le règlement « Aliments », seule l'exécution peut être contestée. Mais les motifs de refus d'exécution des décisions ordinaires

¹⁶⁰¹ Article 21 § 2, al. 2 du règlement « Aliments ».

¹⁶⁰² Sur ce point, voir *infra*, n^{os} 349-355.

¹⁶⁰³ Sur ce point, voir *supra*, n^{os} 321-322.

prévus par le règlement « Bruxelles II *ter* » ont ceci d'étonnant qu'ils ne correspondent pas uniquement aux motifs de refus d'exécution prévus par le droit de l'État membre d'exécution¹⁶⁰⁴, mais également aux motifs de refus de reconnaissance de ces décisions prévus par le règlement¹⁶⁰⁵, qui correspondent à ceux qui sont classiquement envisagés en droit international privé de la famille de l'Union¹⁶⁰⁶. Ainsi, une demande de refus d'exécution peut être formée, par exemple sur le fondement d'une contrariété à l'ordre public international de l'État membre d'exécution, contre une décision, dont le caractère exécutoire dans cet État découle automatiquement, *et sans pouvoir y être contesté*, de son adoption et de sa force exécutoire dans l'État membre d'origine. Au-delà de la signification d'une telle réglementation au regard de l'assimilation des décisions rendues dans d'autres États membres aux décisions internes, sur laquelle nous reviendrons¹⁶⁰⁷, il est permis de s'interroger sur le sens et la réalité de la suppression annoncée de l'*exequatur* dans de telles conditions. La différence n'est pas évidente entre un tel régime et celui d'une déclaration de la force exécutoire sur requête avec contrôle *a posteriori*, ainsi qu'il a été mis en œuvre dans les règlements « Successions », « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés »¹⁶⁰⁸. Par ailleurs, si cette innovation du règlement « Bruxelles II *ter* » est expressément fondée sur le principe de confiance mutuelle¹⁶⁰⁹, aucune évolution des conditions de la confiance mutuelle de nature à la justifier n'est perceptible entre le règlement « Bruxelles II *bis* » et le règlement « Bruxelles II *ter* ».

¹⁶⁰⁴ Article 57 du règlement « Bruxelles II *ter* ».

¹⁶⁰⁵ Article 41 du règlement « Bruxelles II *ter* ».

¹⁶⁰⁶ Il est permis de noter que, sur ce point, cette solution constitue une extension de celle qui a été retenue par le règlement « Aliments » s'agissant de l'exécution des décisions rendues par les juridictions d'un État membre lié par le protocole de La Haye. Dans cette hypothèse en effet, la décision rendue dans un État membre acquiert automatiquement force exécutoire sur le territoire des autres États membres, l'inconciliabilité de la décision avec une décision rendue ou reconnue dans l'État membre d'exécution ne peut être soulevée à ce stade. Cela est d'autant plus remarquable que, s'agissant des décisions rendues par un État membre non lié par le Protocole, qui doivent, quant à elles, être déclarées exécutoires, l'inconciliabilité de la décision en cause avec une décision rendue dans l'État requis n'est pas examinée au regard des trois critères de l'autorité de chose jugée mais de la seule identité de parties ; ses conditions sont donc très souples. Mais, s'agissant des décisions rendues dans des États liés par le protocole de La Haye, l'inconciliabilité est le seul motif traditionnel de refus d'attribution de l'*exequatur* qui peut être dans ce texte invoqué au stade de l'exécution. En effet, il est possible d'invoquer l'inconciliabilité de la décision à exécuter avec une décision rendue dans l'État membre d'exécution ou avec une décision étrangère qui peut y être reconnue. L'inconciliabilité n'est pas définie de la même manière selon qu'elle est examinée par rapport à une décision rendue par l'État membre requis ou à une décision rendue par un autre État membre ou par un État tiers. Dans le premier cas, il suffit de constater que les deux décisions en cause ont été rendues entre les mêmes parties (articles 34 et 24 *littera c*). Dans le second, la triple identité de la *res judicata* doit être constatée. La décision rendue par un autre État membre ou par un État tiers doit par ailleurs l'avoir été antérieurement et réunir les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis (articles 34 et 24 *littera d* du règlement « Aliments »).

¹⁶⁰⁷ Voir *infra*, n^{os} 329-338.

¹⁶⁰⁸ Articles 48 et 50 du règlement « Successions » et 47 et 49 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

¹⁶⁰⁹ Considérant 55 du règlement « Bruxelles II *ter* ».

325. Un lien contestable avec l'uniformisation des règles de conflit de lois. – La lecture croisée des règlements « Bruxelles II *bis* », « Bruxelles II *ter* » et « Aliments » incite à se demander si les différences de régimes d'effets des jugements peuvent s'expliquer par les relations variables qu'entretiennent, dans chacun de ces textes, les règles y relatives et les règles de conflit de lois, qui, aux termes de l'article 81 § 2, *littera c* TFUE, ne devraient faire l'objet de mesures de rapprochement que pour autant que celles-ci servent la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions. En effet, d'une part, si à la date de l'adoption puis de l'entrée en vigueur du règlement « Bruxelles II *bis* », tous les États membres de l'Union européenne n'avaient pas ratifié la Convention de la Haye du 19 octobre 1996¹⁶¹⁰, qui contient des règles de conflit de lois en matière de responsabilité parentale et de protection des enfants, le règlement « Aliments » se présente, du fait du renvoi au protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires, comme un texte complet¹⁶¹¹. D'autre part, le règlement « Aliments » lui-même ne prévoit la suppression absolue de l'*exequatur* qu'en ce qui concerne les décisions rendues par un État membre lié par le protocole de La Haye et introduit ainsi deux régimes distincts d'effet des jugements : l'uniformisation de la règle de conflit de lois *fonde* ainsi, d'après le texte, la suppression de l'*exequatur*¹⁶¹². Cela ressort très clairement des négociations : comme l'explique Bente Soerensen, « la suppression de l'*exequatur* pour les décisions rendues en matière d'obligations alimentaires n'était pas acquise d'avance, compte tenu du champ d'application large du règlement. Pour les États membres, qui avaient des difficultés à accepter une suppression totale, le fait que le nouveau règlement envisage l'application de règles communes sur la loi applicable, soit par l'inclusion dans le règlement lui-même des règles du protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, soit par un renvoi aux règles dudit Protocole a été décisif. La garantie quant à la régularité de la décision provenant d'un autre État membre que l'application de telles règles communes allait apporter à l'État membre appelé à la reconnaître ou à l'exécuter sans aucune formalité d'*exequatur* a joué un rôle déterminant »¹⁶¹³. La règle de conflit de lois apparaît dès lors dans ce règlement comme un gage de protection des droits des parties, non seulement suffisant, mais équivalent à celui que représentait la procédure d'*exequatur*¹⁶¹⁴. Cela aurait pu laisser penser que la suppression de l'*exequatur* serait étendue à tous les règlements complets.

¹⁶¹⁰ Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

¹⁶¹¹ Il l'est actuellement pour l'ensemble des États membres liés par le règlement étant donné que le Danemark, qui n'a pas ratifié le protocole de La Haye, n'est pas lié par le règlement « Aliments ».

¹⁶¹² En ce sens, voir Bertrand ANCEL, Horatia MUIR WATT, « Aliments sans frontières », *RCDIP*, 2010, pp. 457-484, spéc. n° 19, pp. 478-479.

¹⁶¹³ Bente SOERENSEN, « Suppression de l'*exequatur* », in *Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union*, *AJ fam.*, 2009, pp. 112-114, spéc. p. 112.

¹⁶¹⁴ En ce sens, voir Bertrand ANCEL, Horatia MUIR WATT, *op. cit.*, *loc. cit.*

Cependant, une lecture comparée de ces deux textes avec les règlements qui ont été adoptés ultérieurement au règlement « Aliments » conduit nécessairement à relativiser le poids de l'uniformisation des règles de conflit de lois dans la consolidation de la confiance mutuelle et donc en tant qu'élément permettant de supprimer l'*exequatur*. La hardiesse, figurée par la « confiance [...] inhabituelle »¹⁶¹⁵ placée par les auteurs de ce texte dans la règle de conflit, ne semble pas destinée à prospérer en matière familiale. En effet, c'est un régime d'effet des jugements similaire à celui prévu par le règlement « Aliments » s'agissant des décisions rendues dans un État membre qui n'est pas lié par le Protocole qui a été consacré dans les règlements « Successions », « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », alors même que ces trois textes ont uniformisé les règles de conflit de lois dans leur domaine respectif : tous intègrent, au stade de l'instance indirecte, un mécanisme de contrôle des jugements rendus par les juridictions des autres États membres. La reconnaissance des décisions visées dans ces cas est automatique, mais une contestation est ici possible *a posteriori*¹⁶¹⁶, pour des motifs énumérés par les règlements¹⁶¹⁷. Il s'agit donc d'un retour à un mécanisme proche de la condition résolutoire. Par ailleurs, l'*exequatur* n'a pas totalement disparu : les décisions exécutoires dans l'État membre d'origine peuvent être déclarées exécutoires dans l'État membre requis *sur requête* de toute partie intéressée¹⁶¹⁸. Il est cependant allégé par rapport au droit commun de l'effet des jugements, puisque si une procédure est certes requise, s'agissant d'une simple procédure sur requête, elle n'est pas contradictoire en première instance. En outre, le contrôle de la décision n'est à ce stade plus que celui de la régularité formelle de la décision¹⁶¹⁹ : seule une copie authentique de la décision et une attestation émise par le juge d'origine et certifiant le caractère exécutoire de la décision ou un document équivalent sont exigées, leur traduction n'étant requise qu'à la demande de l'autorité qui les reçoit¹⁶²⁰. Sur ce point, ces règlements, qui semblaient revenir vers une approche similaire à celle qui a été mise en œuvre dans le cadre du règlement

¹⁶¹⁵ *Op. cit.*, p. 478 : « les auteurs du règlement [...] marquent une confiance aujourd'hui inhabituelle dans les performances du système de conflit lorsqu'ils font de celui-ci le moteur et le garant de la libre circulation des décisions au sein de l'Union ».

¹⁶¹⁶ Articles 23 du règlement « Aliments », 39 du règlement « Successions », 36 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

¹⁶¹⁷ Articles 24 du règlement « Aliments », 40 du règlement « Successions », 37 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

¹⁶¹⁸ Articles 26 du règlement « Aliments », 43 du règlement « Successions », 42 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

¹⁶¹⁹ Sur la genèse d'une « *exequatur*-formalité » qui peut, lorsque le discours l'y réduit, tendre vers la suppression de l'*exequatur*, voir Louis D'AVOUT, « Faut-il supprimer l'*exequatur* dans le contentieux transfrontière en Europe ? Questionnement à propos des projets de révision du Règlement Bruxelles I », *op. cit.* L'auteur y décrit la même procédure au sujet du règlement « Bruxelles I » : *op. cit.*, n° 4, p. 70.

¹⁶²⁰ Articles 28 § 1 et 29 § 2 du règlement « Aliments », 46 § 3 et 47 du règlement « Successions », et 45 § 3 et 46 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

« Bruxelles II *bis* » en matière de responsabilité parentale¹⁶²¹ s'en éloignent dès lors ostensiblement. La conséquence de cette évolution est importante pour la personne contre laquelle l'exécution est demandée, puisque dans ces textes, la décision est nécessairement déclarée exécutoire à l'issue de la procédure sur requête¹⁶²². Cette partie ne peut s'opposer à la déclaration constatant la force exécutoire à ce stade ; un recours n'est possible, pour l'une ou l'autre partie, que contre la décision statuant sur la demande de déclaration de la force exécutoire¹⁶²³. Qu'il s'agisse de reconnaissance ou d'*exequatur*, ces textes instaurent donc une présomption simple d'équivalence, entre les décisions et donc entre les justices des États membres, comparable à celle que connaît le règlement « Bruxelles I » avant sa refonte¹⁶²⁴. Cette présomption ne repose sur aucun élément substantiel, étant donné que le contrôle de régularité substantielle est subordonné à un recours qui peut ne pas être formé¹⁶²⁵. Par ailleurs dans cette hypothèse, plusieurs auteurs ont relevé que dans un premier temps, le juge requis ne rend pas de *décision* : il s'agit d'une simple *déclaration*, « [l]a force exécutoire est octroyée *de plano*, même si elle est subordonnée à la constatation de certaines formalités »¹⁶²⁶. Ainsi, ces formalités maintiennent certes une différence de statut dans l'ordre juridique de l'État membre requis entre les décisions rendues par les juridictions qui en relèvent et celles qui le sont par les juridictions d'un autre État membre ; mais elle est désormais si infime qu'il est possible, du point de vue du justiciable, de parler d'un véritable « droit à l'*exequatur* »¹⁶²⁷.

326. Conclusion de la Section. – Transition. – Ainsi, alors même que, dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, elle repose sur des fondements conceptuels chancelants et ne

¹⁶²¹ Voir *supra*, n° 320.

¹⁶²² Articles 30 du règlement « Aliments », 48 du règlement « Successions » et 47 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

¹⁶²³ Articles 30 et 32 du règlement « Aliments », 48 et 50 du règlement « Successions », 47 et 49 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

¹⁶²⁴ L'article 39 du règlement « Bruxelles I *bis* » (règlement qui abroge le règlement « Bruxelles I » à compter du 10 janvier 2015 : articles 80 et 81 § 1 du règlement « Bruxelles I *bis* ») supprime l'*exequatur* des décisions rendues en matière civile et commerciale.

¹⁶²⁵ Sur le règlement « Bruxelles I », voir Nicole CROCHET, « La force exécutoire en l'absence de procédure harmonisée », in *L'espace judiciaire européen civil et pénal. Regards croisés*, Fabienne Jault-Seseke, Juliette Lelieur, Christian Pigache (dir.), Dalloz, 2009, pp. 109-117, spéc. p. 112 : « Ainsi, s'il ne supprime pas tout contrôle, le règlement accorde *a priori* le bénéfice de l'exécutoire au jugement provenant d'un État membre, en différant au stade d'un recours éventuel, à l'existence duquel il est subordonné, le contrôle autre que formel dans l'État d'arrivée. En l'absence de contestation, ce contrôle n'existera donc pas ». Pour une analyse générale, voir Hélène GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2015, 978 p.

¹⁶²⁶ Hélène PÉROZ, *op. cit.*, n° 302, p. 160.

¹⁶²⁷ Emmanuel GUINCHARD, *op. cit.*, p. 100. L'auteur utilise cette expression en référence à la suppression de l'*exequatur* dans le règlement « Bruxelles II *bis* » en matière de droit de visite et de retour de l'enfant qui symbolise selon lui le passage d'un « droit de l'*exequatur* [à un] droit à l'*exequatur* ». Il nous semble cependant que cette expression n'est pas appropriée dans ce cas, étant donné qu'aucune contestation n'étant possible, il s'agit selon nous de manière plus radicale d'une disparition absolue de l'*exequatur* plutôt que d'un « droit à l'*exequatur* ». Cette expression nous semble en revanche particulièrement bien adaptée aux régimes prévus par le règlement « Aliments » concernant les décisions rendues par un État non lié par le protocole de La Haye, et par les règlements « Successions », « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

suppose pas le constat d'une équivalence entre les législations, la confiance mutuelle produit, dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile et en particulier en matière familiale, des effets importants, allant d'un fort allègement à une suppression de l'*exequatur*, sans que le choix du régime puisse être déduit de la réunion des éléments de nature à favoriser cette confiance qui apparaît dès lors comme une justification fragile. Cette tendance s'inscrit dans le cadre d'un phénomène constaté par Bertrand Ancel et Horatia Muir Watt, phénomène selon lequel « au sein de l'espace judiciaire européen, le principe de confiance mutuelle entre les États membres, tenus chacun de reconnaître l'équivalence de la justice rendue par les autres, ne fait qu'accélérer l'effacement du fond au profit de la forme »¹⁶²⁸. Dans le cadre de la construction de l'espace judiciaire européen, cet effacement du fond prend sa source dans la primauté accordée, au travers de la libre circulation des personnes, à la *liberté* à laquelle est désormais entièrement soumise l'organisation de la *justice*, et donc la coopération judiciaire en matière civile.

SECTION 2 : LA DISCUTABLE PRÉFÉRENCE DONNÉE PAR LE PRINCIPE DE RECONNAISSANCE MUTUELLE À LA LIBERTÉ SUR LA JUSTICE

327. Plan. – La construction de l'espace judiciaire européen est au cœur de la construction d'une « Europe du droit et de la justice »¹⁶²⁹, objectif poursuivi depuis le Traité d'Amsterdam. Cependant, il semble que cet espace soit aujourd'hui toujours perçu comme un moyen d'assurer la libre circulation des personnes plutôt que comme un espace de concrétisation de la justice. La primauté de la liberté se traduit par une anticipation de l'existence de l'espace judiciaire européen unifié, tandis que la place subsidiaire reconnue à la justice ressort d'une acception très restreinte de la notion d'accès à la justice, analysée par le seul prisme de l'entrave qui oriente la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions (I). Il semble pourtant que, étant donné le risque qu'une telle conception fait peser sur la protection des droits fondamentaux, seule une revalorisation de la justice soit de nature à donner un fondement juridique solide à la confiance mutuelle et donc à l'espace de liberté, de sécurité et de justice (II).

¹⁶²⁸ Bertrand ANCEL, Horatia MUIR WATT, « La désunion européenne : le Règlement dit "Bruxelles II" », *RCDIP*, 2001, pp. 403-457, spéc. n° 35, p. 445.

¹⁶²⁹ Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens, 10 juin 2009, COM(2009) 262 final, point 3.

I. L'anticipation d'un espace judiciaire européen unifié : le caractère central de la notion d'entrave

328. Plan. – Quand bien même l'article 81 TFUE organise une *coopération* judiciaire en matière civile, la représentation par les institutions européennes d'un espace judiciaire européen unifié, au sein duquel toute entrave à la « libre circulation » des décisions doit être supprimée, se traduit par une assimilation des décisions étrangères aux décisions internes (A). Dès lors, il apparaît que l'efficacité de la réglementation adoptée ne se mesure qu'à l'aune de sa capacité à assurer effectivement l'obtention dans un État membre puis l'exécution dans un autre État membre des décisions (B).

A. L'assimilation des décisions étrangères aux décisions internes

329. Fongibilité postulée des ordres juridiques nationaux. – D'un point de vue principal, en faisant du principe de reconnaissance mutuelle le fondement de la coopération judiciaire en matière civile et en subordonnant le rapprochement des législations à une condition de nécessité, l'article 81 TFUE semble aller plus loin dans la progressivité de l'intégration que la « nouvelle approche » mise en œuvre dans le cadre du marché intérieur. En effet, l'harmonisation n'est plus présentée que comme une méthode *au soutien* de la reconnaissance mutuelle et qui, par conséquent, ne peut plus s'y substituer entièrement. Le choix de la reconnaissance mutuelle en droit primaire suppose en effet que les États membres conservent une certaine liberté législative. Ainsi, le principe de reconnaissance mutuelle dans ce cadre assure moins un défaut de transfert de souveraineté de l'État à l'Union européenne que le maintien, par les États membres, d'une partie de cette souveraineté. S'agissant de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, certaines règles, comme les règles conflictuelles, ont ainsi fait l'objet d'une uniformisation au niveau européen avec l'objectif affiché de permettre ou de faciliter la reconnaissance mutuelle des décisions¹⁶³⁰. Mais les États membres disposent *a priori* d'une certaine liberté dans le cadre de l'administration de la justice, qui en grande partie échappe à l'harmonisation.

Néanmoins, la conception de la confiance mutuelle sur laquelle repose la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires – conception fondée sur l'adhésion à des valeurs communes, l'uniformisation des règles de compétence internationale directe et éventuellement de conflit de lois – conduit à remettre en cause cette perception initiale de la reconnaissance mutuelle comme méthode d'intégration plus respectueuse de la diversité des ordres juridiques nationaux

¹⁶³⁰ Pour une analyse critique de l'adéquation des moyens mis en œuvre à cette fin, voir *supra*, n^{os} 210-230.

que l'harmonisation ou l'uniformisation. En effet, en imposant aux États membres de l'Union européenne de présupposer l'équivalence de leurs systèmes judiciaires et ainsi de reconnaître, ponctuellement, de plein droit et impérativement les décisions rendues dans d'autres États membres et d'alléger drastiquement ou de supprimer l'*exequatur*¹⁶³¹, c'est ici sur le plan de l'*imperium*, là sur celui de la *jurisdictio* que s'opère un transfert de la souveraineté territoriale, au profit non pas de l'Union européenne, mais des autres États membres. La préservation initiale de la souveraineté des États membres vis-à-vis de l'Union européenne, qui a guidé le choix du principe de reconnaissance mutuelle, n'assure pas, sur le plan de la *mise en œuvre* de ce principe, celle de la souveraineté des États membres vis-à-vis des autres États membres. Le transfert de souveraineté sur lequel repose la construction de l'espace judiciaire européen n'est donc pas vertical, mais horizontal¹⁶³² et se concrétise par une fongibilité, artificiellement créée¹⁶³³, des ordres juridiques nationaux. Sur le plan matériel, un tel constat doit être nuancé en raison de la mesure restreinte dans laquelle il vaut : seules les décisions rendues en matière alimentaire dans un État membre lié par le protocole de La Haye, dont la reconnaissance ne peut être contestée et qui ne sont soumises ni à certification ni à *exequatur*, le traduisent de manière absolue. Le règlement « Aliments » n'en mérite pas moins une attention particulière, étant donné qu'il fait figure de modèle ultime que les institutions européennes s'emploient à généraliser depuis le Conseil de Tampere¹⁶³⁴.

¹⁶³¹ Voir en ce sens Emmanuelle BONIFAY, *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé. Contribution à l'édification d'un espace de liberté, sécurité et justice*, op. cit., n° 213, p. 155.

¹⁶³² Sur cette notion, voir Sandra LAVENEX, « Mutual recognition and the monopoly of force : limits of the single market analogy », *Journal of European Public Policy*, vol. 14, 2007, issue 5, pp. 762-779, spéc. p. 771 ; Kalypso NICOLAÏDIS, « Trusting the poles : constructing Europe through mutual recognition », *Journal of European Public Policy*, vol. 14, n° 5, 2007, pp. 682-698, spéc. p. 685 ; Miguel POIARES MADURO, « So close and yet so far : the paradoxes of mutual recognition », *Journal of European Public Policy*, vol. 14, 2007, issue 5, pp. 814-825, spéc. p. 819 ; Cecilia RIZCALLAH, « The challenges to trust-based governance in the European Union : assessing the use of mutual trust as a driver of EU integration », *European Law Journal*, 2019, n° 25, pp. 37-56, spéc. p. 46. Voir, de manière plus large, sur l'évolution horizontale de la coopération judiciaire, Loïc CADIET, « Inaugural lecture. Towards a new model of judicial cooperation in the European Union », in *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, Loïc Cadiet, Burkhard Hess, Marta Requejo Isidro (dir.), Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, vol. 4, Nomos, 2015, 418 p., pp. 13-32.

¹⁶³³ En ce sens, voir Jean-Sylvestre BERGÉ, « La confiance mutuelle dans l'espace européen de coopération judiciaire : questionnement sur le sens de la libre circulation des décisions de justice », in *Défiance, doute, incertitude. Quelle place pour la notion de confiance dans les sociétés modernes ?*, Julie Tribolo (dir.), L'Harmattan, 2019, pp. 37-47, spéc. p. 42 : « Dire que l'on peut, en matière de coopération judiciaire transfrontière, sublimer la confiance partagée par l'abolition pure et simple des frontières intérieures à un espace commun est tout simplement faux. Le modèle de confiance requis pour la reconnaissance des décisions de justice entre Nice et Turin n'est pas le même que celui dont nous avons besoin pour la reconnaissance des décisions de justice entre Nice et Lyon. Affirmer le contraire est une vue de l'esprit ».

¹⁶³⁴ Voir ainsi les perspectives d'extension exposées, juste après l'affirmation de la nécessité de parvenir à exécuter « directement et sans autre mesure intermédiaire » les décisions en matière civile, dans la Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens, précitée, point 3.1 : « la reconnaissance mutuelle pourrait être étendue à des matières encore non couvertes et essentielles pour la vie quotidienne telles que les successions et les testaments, les régimes matrimoniaux et les conséquences patrimoniales de la séparation des couples ». Si les textes adoptés ultérieurement ont fait preuve

330. En matière de reconnaissance. – L'article 17 du règlement « Aliments » prévoit ainsi que ces décisions « sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure » et sans aucune possibilité ni aucun motif de contestation¹⁶³⁵. La démarche est inédite en droit international privé de la famille, et se rapproche — sans que l'on puisse vraiment s'en étonner¹⁶³⁶ — de celle qui a été adoptée dans le cadre de la mise en œuvre du titre exécutoire européen et des procédures européennes d'injonction de payer et de règlement des petits litiges¹⁶³⁷, qui elle-même reste exceptionnelle en matière civile¹⁶³⁸. L'efficacité substantielle du jugement rendu dans l'État membre d'origine ne peut dès lors plus être remise en cause dans l'État membre d'exécution, alors même qu'en dehors de la possibilité quasi-absolue pour le créancier d'obtenir des aliments qui résulte du protocole de La Haye¹⁶³⁹, la matière n'a fait l'objet d'aucune harmonisation matérielle. L'appréciation du respect des droits fondamentaux, notamment en matière procédurale¹⁶⁴⁰, relève donc de l'État membre d'origine. Une telle procédure, qui n'a en réalité plus de reconnaissance que le nom¹⁶⁴¹,

d'un volontarisme plus mesuré, la formulation est assez vague pour inclure une évolution vers une reconnaissance inconditionnelle et une suppression de l'*exequatur*.

¹⁶³⁵ Voir en comparaison l'article 23 § 2 du règlement « Aliments » concernant les décisions rendues dans un État membre non lié par le protocole de La Haye.

¹⁶³⁶ Dans le cadre des discussions sur la proposition de règlement « Aliments », la Commission, après avoir rappelé que les obligations alimentaires étaient à ce stade soumises au règlement « Bruxelles I » mais aussi au règlement « TEE », a en effet souligné la nécessité « de prendre en compte la *nature hybride* du concept même d'obligation alimentaire – familial par ses racines, mais pécuniaire dans sa mise en œuvre, *comme n'importe quelle créance* » et de « permettre [au créancier] d'obtenir aisément, rapidement et, le plus souvent, sans frais, un titre exécutoire capable de circuler sans entrave dans l'espace judiciaire européen et d'aboutir concrètement au paiement régulier des sommes dues » : Commission des Communautés européennes, Communication 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, 15 décembre 2005, COM(2005) 648 final, p. 4 et p. 3 (c'est nous qui soulignons). Le but de cet exposé de la Commission était alors, comme l'indique l'intitulé de sa communication, d'inviter le Conseil à soustraire les obligations alimentaires à l'unanimité requise en principe par le TCE (dans sa version issue du traité de Nice) en matière civile pour les « aspects touchant au droit de la famille » au sens de l'article 67 § 5, second tiret.

¹⁶³⁷ Article 19 du Règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer (dit règlement « IPE ») et article 20 § 1 du Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges (dit règlement « Petits litiges »).

¹⁶³⁸ Ce caractère résulte à la fois d'un champ d'application réduit de ces règlements (le premier porte sur des créances incontestées, le second sur des petits litiges), et du fait que le règlement « Bruxelles I bis » n'a pas accompagné la suppression de l'*exequatur* d'une reconnaissance inconditionnelle des décisions (article 45 du règlement).

¹⁶³⁹ Article 4 § 2 du protocole de La Haye.

¹⁶⁴⁰ Voir *infra*, n°s 344-355.

¹⁶⁴¹ Louis D'AVOUT, « La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004 », *op. cit.*, n° 8, p. 14. *Adde*, insistant sur le caractère actif de la démarche, Pierre CALLÉ, Paolo PASQUALIS, Patrick WAUTELET, Cyril NOURISSAT, « Pour la reconnaissance des actes authentiques au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », *LPA*, 4 avril 2012, n° 68, pp. 6-14, spéc. p. 7, citant H. MUIR WATT, note sous Paris, 4 juin 1998, *RCDIP*, 1999, p. 108, spéc. n° 10, p. 116 : « Dans un premier sens, on parle de reconnaissance lorsqu'un ordre juridique *accepte* d'insérer en son sein la norme dont une décision est porteuse. C'est en ce sens que l'on peut évoquer la reconnaissance des jugements. Toute décision de justice est en effet une transformation de l'ordonnancement juridique. Un État reconnaît une décision lorsqu'il fait sien la situation juridique qu'elle consacre. Reconnaître une décision étrangère, c'est donc intégrer son efficacité substantielle dans l'ordre juridique interne : c'est reconnaître que A est le père de B, qu'un contrat est nul ou qu'un bien appartient à C. La fonction de la reconnaissance, au sens où l'on reconnaît un jugement, "s'épuise dans la *constatation de*

s'apparente ainsi, comme le relève Louis d'Avout au sujet du titre exécutoire européen, « à une *prorogation automatique d'efficacité sur ordre légal*, conséquence du principe d'origine transposé par le droit communautaire de la circulation des marchandises à celle des jugements »¹⁶⁴². Cette mesure traduit dans les faits le postulat initial selon lequel les justices civiles des États membres peuvent être assimilées les unes aux autres en matière alimentaire.

Cette dimension est d'autant plus flagrante que dans le règlement « Aliments », comme dans les règlements « TEE », « IPE » et « Petits litiges »¹⁶⁴³, la reconnaissance automatique et incontestable a été envisagée dans le seul cadre de la suppression de l'*exequatur* qui paraît l'impliquer nécessairement. En effet, d'une part, s'agissant des décisions rendues dans un État membre lié par le protocole de La Haye, la disposition relative à la reconnaissance n'est formellement qu'un alinéa de l'article 17 intitulé « Suppression de l'*exequatur* ». D'autre part, la contestation de la reconnaissance d'une décision rendue dans un État membre non lié par le protocole de La Haye reste possible¹⁶⁴⁴. Pourtant, reconnaissance inconditionnelle du contenu normatif et abandon de la nécessité de la formule exécutoire ne se situent pas sur le même plan et ne dépendent pas des mêmes conditions. Dès lors, à supposer que celles de la suppression de l'*exequatur* soient réunies, elles ne devraient pas emporter, sans autre justification, reconnaissance impérative de la décision. Ce raisonnement n'est de surcroît pas étranger au système judiciaire européen lui-même, qui a distingué la reconnaissance de l'*exequatur* précisément en se fondant sur les différences existant entre les deux et pour permettre le passage d'un « *exequatur-frein* » à un « *exequatur-formalité* »¹⁶⁴⁵, première étape avant la disparition de cette formalité. La réunion de ces deux modalités d'effets des jugements et le défaut de réflexion sur leurs conditions respectives contribuent ici à tirer vers le bas les garanties accompagnant la circulation des décisions et résonnent comme une déclaration de principe des institutions européennes en faveur non pas d'un travail dans le sens de la construction d'un espace judiciaire européen unique, mais de l'existence postulée de cet espace.

331. En matière d'*exequatur*. – La fusion recherchée et ponctuellement supposée des ordres juridiques nationaux au sein d'un espace judiciaire européen unifié est encore plus évidente lorsque le regard se porte sur la configuration de l'*exequatur*, la force exécutoire étant, traditionnellement, cantonnée dans une stricte territorialité, et semblant ici largement en voie de décloisonnement. Il convient de distinguer selon que l'*exequatur* a été allégé ou aboli, sans

l'aptitude de la décision étrangère à produire un effet normatif quant aux points de droit qu'elle tranche" ». C'est nous qui soulignons.

¹⁶⁴² Louis D'AVOUT, *op. cit.*, *loc. cit.* et les références citées. C'est l'auteur qui souligne.

¹⁶⁴³ Voir respectivement les articles 5, 19 et 20 § 1 de ces textes.

¹⁶⁴⁴ Articles 23 § 2 et 24 du règlement « Aliments ».

¹⁶⁴⁵ Ces expressions sont empruntées à Louis D'AVOUT, « Faut-il supprimer l'*exequatur* dans le contentieux transfrontière en Europe ? Questionnement à propos des projets de révision du Règlement Bruxelles I », *op. cit.*, n° 4, pp. 69-70.

pour autant perdre de vue qu'à plus ou moins long terme, c'est bien sa suppression qui est recherchée¹⁶⁴⁶.

332. Régime simplifié. – C'est d'ailleurs bien ce que semble attester l'examen du régime simplifié d'*exequatur* et son évolution, régime qui, en matière familiale concerne la responsabilité parentale sur le fondement du règlement « Bruxelles II bis », les décisions alimentaires rendues par les États non liés par le protocole de La Haye en vertu du règlement « Aliments », ainsi que l'ensemble des décisions rendues sur le fondement des règlements « Successions », « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ». Au sein de cette catégorie, il faut distinguer le régime d'*exequatur* en vigueur en matière de responsabilité parentale du régime mis en œuvre dans les autres règlements, plus souple encore — du moins avant l'entrée en vigueur du règlement « Bruxelles II ter »¹⁶⁴⁷.

Dans le règlement « Bruxelles II bis », la décision dont l'exécution est poursuivie doit être déclarée exécutoire sur requête de toute partie intéressée¹⁶⁴⁸. S'agissant d'une procédure sur requête, aucune observation ne peut, certes, être présentée par la partie contre laquelle l'exécution est demandée ou par l'enfant¹⁶⁴⁹, la contestation n'étant possible que sur recours contre la décision relative à la déclaration constatant la force exécutoire¹⁶⁵⁰. Mais la requête peut d'ores et déjà être rejetée par le juge pour l'un des motifs énumérés par le texte¹⁶⁵¹. Dans les autres règlements en revanche, les décisions exécutoires rendues par les juridictions d'un

¹⁶⁴⁶ Le règlement « Bruxelles II ter » témoigne d'une évolution en ce sens en matière de responsabilité parentale. Son prédécesseur, le règlement « Bruxelles II bis », distingue en effet deux types de décisions en la matière. D'un côté, les décisions ordinaires nécessitent, préalablement à leur exécution, d'être déclarées exécutoires sur requête (article 28 § 1 du règlement « Bruxelles II bis ») par une décision qui peut faire l'objet d'un recours (article 33 du règlement « Bruxelles II bis »). D'un autre côté, les décisions rendues en matière de droit de visite et de retour « nonobstant », si elles sont certifiées, bénéficient automatiquement de la force exécutoire dans l'État membre requis (articles 41 et 42 du règlement « Bruxelles II bis »). Seule est alors possible une action en rectification du certificat (article 43 du règlement « Bruxelles II bis ») ; l'inconciliabilité avec une décision exécutoire rendue ultérieurement est perçue comme relevant des conditions d'*exécution* de la décision. Le règlement « Bruxelles II ter » aligne en partie le régime des décisions ordinaires sur celui des décisions « privilégiées » (article 45 du règlement « Bruxelles II ter ») : la procédure d'*exequatur a priori*, à laquelle étaient soumises les premières d'après le règlement « Bruxelles II bis », a été remplacée par l'attribution automatique de la force exécutoire dans l'État membre requis (article 34 § 1 du règlement « Bruxelles II ter »). Le « privilège » réside dans les moyens de faire obstacle à la force exécutoire ou à l'exécution des décisions. Pour les décisions privilégiées, il ne peut s'agir que d'une action en rectification ou en annulation du certificat (article 48 du règlement « Bruxelles II ter ») ou de la contestation de la reconnaissance ou de l'exécution de la décision en raison de son inconciliabilité avec une décision ultérieure (articles 43, 44 et 50 du règlement « Bruxelles II ter »). Malgré la persistance d'une différence, le régime de contestation de l'effet des décisions ordinaires est assoupli : l'attribution automatique de la force exécutoire ne peut être remise en cause dans l'État membre requis ; une rectification du certificat peut être demandée dans l'État membre d'origine et l'*exécution* d'une décision ordinaire peut être contestée pour l'un des motifs de non-reconnaissance énoncés par le règlement (articles 37, 39 et 41 du règlement « Bruxelles II ter »). Une telle démarche pourrait être généralisée à l'avenir, l'article 81 TFUE donnant à ce projet une base juridique autrement plus solide, quoique largement critiquable, que celle qui existait à l'ère pré-Lisbonne : en ce sens, voir Louis D'AVOUT, *op. cit.*, n° 1, p. 69.

¹⁶⁴⁷ Voir *supra*, n° 324, et *infra*, n°s 333-334.

¹⁶⁴⁸ Article 28 § 1 du règlement « Bruxelles II bis ».

¹⁶⁴⁹ Article 31 § 1 du règlement « Bruxelles II bis ».

¹⁶⁵⁰ Article 33 du règlement « Bruxelles II bis ».

¹⁶⁵¹ Article 31 § 2 du règlement « Bruxelles II bis ».

État membre et qui relèvent du champ d'application de ces textes, si elles nécessitent d'être déclarées exécutoires sur requête de toute partie intéressée¹⁶⁵², le sont automatiquement : il est impossible à ce stade pour le juge, même d'office, de rejeter la requête¹⁶⁵³. La seule voie de contrôle subsistant est celle que constitue le recours de la partie contre laquelle l'exécution est demandée¹⁶⁵⁴. C'est donc entre les seules mains de l'une des parties que réside la possibilité pour le juge de s'assurer de la conformité de la décision à son ordre public international et donc de la mesure réelle de la fongibilité des ordres juridiques¹⁶⁵⁵ ; le peu de précaution que manifeste le législateur européen à cet égard abonde dans le sens d'une vision d'un espace judiciaire européen déjà réalisé.

Le caractère extrêmement formel de la décision relative à la demande de constatation de la force exécutoire telle que conçue dans ces derniers règlements s'inscrit par ailleurs dans le cadre de l'évolution vers une libéralisation des conditions de circulation des jugements au sein de cet espace, dont le point culminant est la suppression de toute déclaration. En témoignent le nouveau règlement « Bruxelles II *ter* » en matière de responsabilité parentale et le règlement « Aliments » dans le cas d'une décision rendue par un État membre lié par le protocole de La Haye¹⁶⁵⁶. Une telle évolution peut paraître logique dans le cadre d'une intégration progressive ; elle l'est cependant beaucoup moins lorsqu'elle s'effectue toutes choses égales par ailleurs, sans rapprochement en profondeur des ordres juridiques nationaux. Elle l'est encore moins lorsqu'elle se contente de traduire la frilosité des États à abandonner leur souveraineté par le maintien d'un semblant d'*exequatur*, tandis qu'elle s'appuie sur des éléments destinés à acter l'existence d'un espace judiciaire européen unifié. En dénote le parti pris sémantique adopté par le législateur européen, à savoir d'une part, la disparition depuis le règlement « Aliments » du vocable d'« État membre requis » au profit de celui d'« État membre d'exécution »¹⁶⁵⁷ suggérant ainsi le défaut d'extranéité de cette juridiction par rapport à la juridiction d'origine de la décision¹⁶⁵⁸ en ne prenant en compte que le rôle de cet État membre dans l'exécution du jugement et non dans sa « circulation » transfrontière ; d'autre part, la disparition du terme « *exequatur* », les juges requis se contentant d'une « déclaration constatant la force exécutoire »

¹⁶⁵² Articles 26 du règlement « Aliments », 43 du règlement « Successions » et 42 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

¹⁶⁵³ Articles 30 du règlement « Aliments », 48 du règlement « Successions » et 47 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

¹⁶⁵⁴ Articles 32 du règlement « Aliments », 50 du règlement « Successions » et 49 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

¹⁶⁵⁵ Sur ce point, voir Cecilia RIZCALLAH, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶⁵⁶ Voir *infra*, n^{os} 333-334.

¹⁶⁵⁷ Voir par exemple les articles 27 et 31 du règlement « Aliments », 46 et 49 du règlement « Successions », 43 à 45 et 48 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

¹⁶⁵⁸ Pour un constat similaire en matière pénale, voir Anne MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, V^o « Coopération et harmonisation : matière pénale », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, avril 2017, points 54-55.

de la décision d'origine, soulignant ainsi la préexistence de cette force exécutoire et le caractère non constitutif de la déclaration¹⁶⁵⁹.

333. Suppression de l'*exequatur*. – Le second cas concerne, en matière familiale, trois types de décisions : premièrement, les décisions certifiées rendues en matière de droit de visite et de retour de l'enfant sur le fondement des règlements « Bruxelles II », « Bruxelles II *bis* » et « Bruxelles II *ter* » ; deuxièmement, les décisions ordinaires certifiées en matière de responsabilité parentale sur le fondement du règlement « Bruxelles II *ter* » ; troisièmement, les décisions rendues en matière alimentaire par un État membre lié par le protocole de La Haye, sans que, conformément au règlement « Aliments », aucune certification soit nécessaire. Au-delà des différences de régimes qu'ils instaurent, ces textes prévoient tous qu'une « décision rendue dans un État membre [...] qui est exécutoire dans cet État jouit de la force exécutoire dans un autre État membre sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire ne soit requise »¹⁶⁶⁰. Ici comme là, c'est ainsi à « une *jonction intracommunautaire automatique* entre l'instance juridictionnelle d'origine et l'instance d'exécution à l'étranger »¹⁶⁶¹ que procèdent ces dispositions, qui transforment le jugement étranger en jugement local¹⁶⁶². Le contexte des dispositions pertinentes est particulièrement intéressant pour comprendre ce qui, formellement, justifie cette jonction, étant donné que ces règlements prévoient tous en leur sein deux régimes distincts d'effet des jugements : dans les règlements « Bruxelles II *bis* » et « Aliments », l'un de ces régimes supprime l'*exequatur*, l'autre l'allège ; dans le règlement « Bruxelles II *ter* », les deux suppriment l'*exequatur*, les différences émergeant quant aux possibilités de contester l'exécution de la décision. Leur analyse comparée révèle que la suppression de l'*exequatur*, ne reposant pas sur les mêmes éléments – que l'on hésite dès lors à qualifier de *conditions* –, tient plus de l'*anticipation* de l'existence que de la *construction* de l'espace judiciaire européen.

334. Le règlement « Bruxelles II *bis* » prévoit donc un régime souple d'effet des jugements concernant la matière matrimoniale et la responsabilité parentale, décrit aux articles 21 à 36, et un régime spécial en matière de droit de visite et de retour de l'enfant, questions pour lesquelles l'*exequatur* est supprimé. Cette distinction trouve une explication dans le considérant 23 du règlement, selon lequel « [l]e Conseil européen de Tampere a estimé en ses conclusions

¹⁶⁵⁹ Voir les articles 30 du règlement « Aliments », 48 du règlement « Successions », 47 à 49 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

¹⁶⁶⁰ Articles 41 § 1 et 42 § 1 du règlement « Bruxelles II *bis* » et termes identiques des articles 17 § 2 du règlement « Aliments » et 34 § 1 et 45 du règlement « Bruxelles II *ter* ».

¹⁶⁶¹ Louis D'AVOUT, « La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004 », *op. cit.*, n° 6, p. 11. C'est l'auteur qui souligne.

¹⁶⁶² Constatant que, « au sein de l'Union européenne, du fait de la suppression de l'*exequatur*, le jugement étranger devient de moins en moins étranger et de plus en plus local », voir Loïc CADIET, *op. cit.*, p. 21 : « *inside the European Union, foreign judgments are less and less foreign and more and more domestic because of the abolition of exequatur* » (la traduction est libre).

(point 34) que les décisions rendues dans les litiges relevant du droit familial devaient être "automatiquement reconnues dans l'ensemble de l'Union sans procédure intermédiaire ni motifs de refus d'exécution" »¹⁶⁶³. La référence aux « litiges relevant du droit familial » paraît large et impuissante à justifier une scission de la matière. Mais la restriction de la suppression de l'*exequatur* aux seules décisions relatives au droit de visite et au retour de l'enfant qu'opère le considérant et les dispositions qu'il explicite trouve son explication dans les termes des conclusions du Conseil de Tampere qui ne prévoient un tel régime que « pour certains jugements concernant des litiges relevant du droit de la famille (par exemple, les créances alimentaires et les droits de visites) »¹⁶⁶⁴.

Ces conclusions poursuivent immédiatement par la précision selon laquelle « [c]e dispositif pourrait s'accompagner de la fixation de normes minimales pour certains aspects de procédure civile »¹⁶⁶⁵. C'est ce dispositif d'accompagnement qui s'est traduit par l'exigence de certification préalable à la suppression de l'*exequatur*. Ce certificat ne peut être émis dans l'État membre d'origine, selon un modèle fixé par le règlement, que si certaines exigences procédurales définies par le texte ont été respectées. En matière de droit de visite¹⁶⁶⁶, ces exigences concernent la signification ou la notification de l'acte introductif de l'instance en cas de procédure par défaut et l'audition des parties et de l'enfant ; en matière de retour de l'enfant¹⁶⁶⁷, elles sont relatives à l'audition des parties et de l'enfant et à la prise en compte des motifs et des éléments de preuve sur la base desquelles a été rendue une précédente de non-retour de l'enfant fondée sur l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980¹⁶⁶⁸. Les certificats concernés ne contiennent eux-mêmes, en sus de ces mentions, pas d'autres éléments que ceux qui servent à l'identification des parties et de l'enfant concernés, à celle des juridictions et, à titre informatif, les modalités éventuellement fixées par la décision s'agissant de l'exercice du droit de visite ou des mesures de protection de l'enfant, modalités qui seules font l'objet d'une traduction dans la langue officielle ou acceptée par l'État requis¹⁶⁶⁹. Si les directives concernant ces quelques aspects procéduraux sont certainement nécessaires dans le cadre d'un assouplissement du régime de « circulation » des décisions, il est permis de

¹⁶⁶³ Comp. le considérant 8 du règlement « TEE » : « Dans les conclusions de sa réunion de Tampere, le Conseil européen a estimé qu'il convenait d'accélérer et de simplifier l'exécution dans un État membre autre que celui dans lequel la décision a été rendue en supprimant toutes les mesures intermédiaires à prendre avant l'exécution dans l'État membre où elle est demandée. Une décision qui a été certifiée en tant que titre exécutoire européen par la juridiction d'origine devrait être traitée, aux fins de l'exécution, comme si elle avait été rendue dans l'État membre dans lequel l'exécution est demandée ».

¹⁶⁶⁴ Conseil européen, Conclusions du Conseil de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, point 34.

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶⁶ Article 41 § 2 du règlement « Bruxelles II bis ».

¹⁶⁶⁷ Article 42 § 2 du règlement « Bruxelles II bis ».

¹⁶⁶⁸ Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, *Recueil des traités des Nations unies*, vol. 1343, n° 22514, p. 90.

¹⁶⁶⁹ Article 45 § 2 du règlement « Bruxelles II bis ».

souligner leur insuffisance lorsqu'elles sont au fondement de la suppression radicale de l'*exequatur* sans être accompagnées d'une harmonisation plus large des règles de fond et de procédure. La certification telle qu'envisagée dans ce texte est donc loin de constituer un équivalent aux garanties accompagnant antérieurement la « circulation » d'un jugement dans le cadre de la procédure d'*exequatur*. La démarche tient à nouveau moins de la construction des conditions de l'espace judiciaire européen que de la postulation de son existence.

À première vue, les mêmes observations peuvent être formulées, *mutatis mutandis*, s'agissant du règlement « Bruxelles II *ter* » lui-même, si bien qu'il est difficile de concevoir ce qui permet de justifier, lors du passage du règlement « Bruxelles II *bis* » au règlement « Bruxelles II *ter* », l'abandon de l'*exequatur* pour les décisions ordinaires en matière de responsabilité parentale. En réalité, ce dernier régime nous semble tout particulièrement révélateur aussi bien du caractère superficiel de la certification, que du caractère trompeur de l'affirmation d'une suppression de l'*exequatur* dans cette matière. Car cette suppression s'accompagne du maintien d'un hasardeux contrôle *a posteriori* de la décision, notamment au regard de l'ordre public international. Hasardeux, car d'après la lettre du règlement, ce contrôle n'est pas destiné à remettre en cause la force exécutoire de la décision dans l'État membre d'exécution, mais simplement à en empêcher l'*exécution*. La question se pose dès lors de savoir comment concilier deux propositions antinomiques : l'assimilation des décisions rendues par les autres États membres aux décisions internes de l'État membre d'exécution, que suggère la suppression de l'*exequatur* d'une part, et le contrôle de la décision étrangère au moment de l'exécution, à un stade où elle est supposée avoir été intégrée à l'ordre juridique de l'État membre d'exécution, sur le fondement de critères qui ne peuvent être opposés aux décisions internes, d'autre part. Le seul moyen de résoudre cette contradiction nous paraît être d'admettre que la suppression de l'*exequatur* à laquelle procède le règlement « Bruxelles II *ter* » n'est que superficielle. La résistance des conditions de l'*exequatur*, derrière la façade de l'exécution, nous semble ainsi illustrer tout particulièrement les insuffisances de la certification et la fiction d'un espace judiciaire européen conçu comme la fusion d'ordres juridiques nationaux fongibles.

335. La faiblesse des conditions de certification a rendu aisée la possibilité pour le législateur européen de s'en défaire ultérieurement puisque le recours à une telle procédure n'a pas été confirmé dans le règlement « Aliments ». Ainsi, dans ce texte, comme le montre la comparaison entre les deux régimes de « circulation » des jugements, ce n'est pas la certification mais l'uniformisation des règles de conflit de lois qui autoriserait la suppression de l'*exequatur*¹⁶⁷⁰. Si cet enchaînement logique est critiquable sur le plan de la simple logique du droit international

¹⁶⁷⁰ Voir *supra*, n° 325.

privé¹⁶⁷¹, il l'est également lorsque l'analyse porte sur la fonction de juger. Comme le soulignent Bertrand Ancel et Horatia Muir Watt, « il est difficile de comprendre comment l'unification des solutions de conflit de lois, qui agit sur le seul plan de *jurisdictio*, de l'ouvrage intellectuel de l'autorité saisie, peut investir cette dernière d'un *imperium* transfrontière qui permette la mise en mouvement de l'appareil d'exécution et de coercition d'un État étranger, serait-il membre de l'Union »¹⁶⁷². Le raisonnement mis en œuvre par le texte alimente la confusion entre reconnaissance et suppression de l'*exequatur*, qui joue en faveur de la reconnaissance inconditionnelle¹⁶⁷³, mais également ici en retour, au profit de la suppression de l'*exequatur*. Pourtant à nouveau, l'équivalence instituée entre l'uniformisation des règles de conflit de lois et les garanties précédemment apportées par la procédure d'*exequatur* est contestable, « sauf peut-être à se persuader que les rapports intra-européens sont désormais à concevoir comme évoluant dans un contexte purement interne où l'extranéité du juge saisi n'existe plus, ou en tout cas, ne peut plus être un facteur de défiance. Mais pareille réponse ne convaincra que les convaincus : le territoire unique, l'espace judicairo-coercitif européen, *résulte de la suppression de l'exequatur et ne la précède pas* — du moins tant qu'il n'existe pas un corps de standards harmonisés de procédure »¹⁶⁷⁴. La Commission elle-même en convenait qui, constatant que « [l]e droit communautaire a [...] traditionnellement laissé le soin aux États membres de déterminer les modalités de fonctionnement de leurs autorités et juridictions » en concluait qu'« [i]l n'existe donc pas encore d'espace judiciaire européen mais plutôt une juxtaposition de normes juridiques nationales configurées en systèmes autonomes de procédure civile »¹⁶⁷⁵. Une telle observation semble désormais bien lointaine tant il appert qu'en la matière, les instruments juridiques ne servent pas à créer les conditions pour parvenir à plus ou moins long terme à l'objectif politique fixé, mais le traduisent immédiatement en droit¹⁶⁷⁶, quitte à le fragiliser du fait d'un manque de considération pour ses fondements¹⁶⁷⁷.

336. Extension de la force exécutoire de la décision d'origine. – C'est sur le plan de l'exécution concrète de la décision que se manifestent de la manière la plus évidente les

¹⁶⁷¹ Voir *supra*, n° 222.

¹⁶⁷² Bertrand ANCEL, Horatia MUIR WATT, « Aliments sans frontières », *op. cit.*, n° 20, p. 479.

¹⁶⁷³ Voir *supra*, n° 330.

¹⁶⁷⁴ Bertrand ANCEL, Horatia MUIR WATT, *op. cit.*, *loc. cit.* C'est nous qui soulignons.

¹⁶⁷⁵ Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne, JOCE, n° C 33/3, 31 janvier 1998, spéc. n° 3, p. 4.

¹⁶⁷⁶ En ce sens, voir Louis D'AVOUT, *op. cit.*, n° 2, p. 7 : « la traditionnelle discontinuité dans l'administration transfrontière de la justice est partiellement dépassée dans un espace européen déjà intégré, au sein duquel l'exécution automatique des décisions constitue une fin en soi et auquel les juridictions étatiques souveraines sont en fait déjà subordonnées. *Exeunt* les procédures intermédiaires, ici d'*exequatur* ou là d'extradition, sitôt remplacées par une obligation absolue de collaboration interétatique inhérente à la confiance mutuelle décrétée, non pas éprouvée à la mesure du rapprochement progressif des législations ».

¹⁶⁷⁷ Sur ce point, voir *infra*, n°s 459-478.

conséquences de la suppression de l'*exequatur* ; elles concernent l'origine de la force exécutoire qui permettra de mettre en marche la contrainte étatique. La suppression de l'*exequatur* conduit à attribuer *automatiquement* à la décision rendue dans l'État membre d'origine¹⁶⁷⁸ une « force exécutoire intracommunautaire »¹⁶⁷⁹. Automatiquement, car si l'on peut penser, à la lecture des règlements « Bruxelles II *bis* » et « Bruxelles II *ter* », que c'est la procédure de certification qui permet de conférer cette force exécutoire extraterritoriale à la décision rendue en matière de droit de visite ou de retour de l'enfant, une comparaison avec le règlement « Aliments » qui ne connaît pas cette procédure permet de dissiper tout doute éventuel à cet égard. C'est bien la force exécutoire de la *décision d'origine* qui est étendue de plein droit par le règlement. Le certificat, dans le cas des règlements « Bruxelles II *bis* » et « Bruxelles II *ter* », joue comme un simple « vecteur de circulation »¹⁶⁸⁰ de la décision qui authentifie la réunion des conditions qui ont paru suffisantes à la suppression de l'*exequatur* mais qui restent en grande partie de la compétence des droits nationaux. Si bien que, dès lors que ce qui a été présenté comme l'une des conditions de la suppression de l'*exequatur* — l'uniformisation des règles de conflit de lois — a été pris en charge au niveau de l'Union européenne, la nécessité même de ce véhicule ne s'est plus fait sentir. Ainsi, dans tous les cas, lorsque l'*exequatur* est supprimé, l'organe de contrainte de l'État membre requis est *directement* mis en mouvement par le commandement émanant du juge de l'État d'origine de la décision. Il est difficile d'imaginer mesure plus révélatrice de l'assimilation entre les ordres juridiques nationaux des États membres, plus précisément, selon les termes de Dominique Bureau et Horatia Muir Watt, de la conception d'une justice « fongible »¹⁶⁸¹, tant elle reflète la reconfiguration de la souveraineté des États membres.

¹⁶⁷⁸ En ce sens, voir Vincent HEUZÉ, « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice. L'abolition de la démocratie (1^{ère} partie) », *op. cit.*, n° 2, p. 603. *Contra*, s'agissant du TEE, Hélène PÉROZ, « Le règlement CE n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créanciers incontestés », *JDI*, 2005, n° 3, doct. 7, pp. 637-676, spéc. n° 61, p. 661 : « Il ne s'agit pas plus de la force exécutoire de l'État membre d'origine qui s'imposerait dans les autres États membres de l'Union européenne. Même s'il a été écrit que la certification concerne "l'extension au-delà du territoire de l'État membre d'origine, de la force exécutoire d'une décision qui a déjà été prononcée". Seule la force exécutoire française sera octroyée aux titres exécutoires européens qui devront être exécutés en France, comme il s'agira de la force exécutoire polonaise pour les titres exécutoires devant être exécutés en Pologne ».

¹⁶⁷⁹ Louis D'AVOUT, *op. cit.*, n° 6, p. 12.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.* Voir, à propos du TEE, percevant dans la certification une procédure permettant « d'étendre les effets "exécutoires" de la décision à l'ensemble du territoire communautaire », Carla BAKER, « Le titre exécutoire européen. Une avancée pour la libre circulation des décisions ? », *JCP G*, n° 22, 28 mai 2003, doct. 137, pp. 985-991, spéc. n° 9, p. 986.

¹⁶⁸¹ Dominique BUREAU, Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, PUF, t. 1, 4^{ème} éd., 2010, n° 320-3, p. 370. Cette fongibilité des justices, au même titre que les choses, ressort également indirectement d'une communication de la Commission, dans laquelle est opérée au travers de la notion de « mesure » une analogie entre les décisions de justice et les réglementations portant sur des biens dans le marché intérieur : « en s'inspirant des notions qui ont admirablement porté leurs fruits pour la création du marché unique, est née l'idée que la coopération judiciaire pourrait également tirer avantage de la notion de reconnaissance mutuelle qui, en termes simples, signifie qu'une mesure, telle qu'une décision prise par un juge dans l'exercice de ses pouvoirs officiels dans un État membre, serait – lorsqu'elle a des implications extraterritoriales – automatiquement acceptée dans tous les autres États ».

337. Pourtant, en l'état de la construction européenne et de ses balbutiements en matière de justice, la suppression de l'*exequatur* soulève de compréhensibles inquiétudes¹⁶⁸² s'agissant de la légitimité démocratique du procédé en raison du lien qui, dans tout État de droit, unit le concours de la force publique à la justice. À cet égard, la procédure qui conduit à l'adoption de la décision à exécuter et le contenu de cette décision sont déterminants. Au-delà de la souveraineté, la question a trait au caractère démocratique de la sanction : la légitimité de la contrainte repose, dans un État démocratique, sur la conformité de la décision à la conception de la justice qui y est adoptée¹⁶⁸³. L'État requis ne devrait donc pas pouvoir concourir à la sanction d'une décision dont il ne serait pas en mesure de contrôler, même *a minima*, le contenu. Le partage des valeurs et principes sur lequel repose, selon la Cour de justice, la confiance mutuelle entre les États membres n'est pas de nature à tisser ce lien entre le pouvoir de contrainte d'un État membre et la conception de la justice d'un autre État membre pour deux raisons. D'une part, il ne conduit à aucune fusion ni à aucun transfert de souveraineté. D'autre part, il est permis de constater que « la fongibilité de la justice civile étatique ne s'induit pas de la communauté des principes, mais bien plutôt de celle des règles concrètes, de fond et de procédure »¹⁶⁸⁴. Ces règles relevant jusqu'à présent de la compétence des États membres, il en découle qu'elles restent hors de portée de choix et de décision des citoyens des autres États membres qui, par l'effet de la suppression de l'*exequatur*, vont voir le pouvoir de contrainte auquel ils ont consenti servir une justice à la définition de laquelle ils ne peuvent pas concourir¹⁶⁸⁵. « Si bien que, concluons-nous avec Louis d'Avout, tant que le droit de la procédure civile transfrontière et les règles de solution du conflit de lois restent pour l'essentiel dans le champ de la compétence étatique, il ne devrait pas être question de circulation

membres et aurait des effets identiques ou du moins analogues dans lesdits pays », Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, 26 juillet 2000, COM(2000) 495 final, p. 2.

¹⁶⁸² Vincent HEUZÉ, *op. cit.*, n°s 5-9, p. 604 ; Sandra LAVENEX, *op. cit.*, pp. 766-767 ; Cecilia RIZCALLAH, *op. cit.*, pp. 48-49.

¹⁶⁸³ Vincent HEUZÉ, *op. cit.*, n° 8, p. 604. L'auteur en déduit que « [l]a contrainte est en revanche, non pas seulement illégitime, mais radicalement incompatible avec les fondements de l'organisation démocratique, si elle sert à garantir l'exécution de décisions dont la conformité à la justice n'est pas avérée ».

¹⁶⁸⁴ Louis D'AVOUT, *op. cit.*, n° 8, p. 15. Dans le même sens, voir Jean-Sylvestre BERGÉ, « La reconnaissance mutuelle en matière civile et commerciale : questionnements de droit international privé européen », Document de travail pour une intervention lors du colloque *Le principe de reconnaissance mutuelle* organisé le 5 décembre 2008 par Valérie Michel à l'Université Robert-Schuman de Strasbourg, [en ligne], consulté le 12 avril 2017. URL : http://cejec.u-paris10.fr/wp-content/uploads/2009/09/rce-mutuelle-strasbourg-2008-actes-coll-contrib-jsberge-version-au8_10_09.pdf.

¹⁶⁸⁵ En ce sens, voir Cecilia RIZCALLAH, *op. cit.*, p. 46 et pp. 48-49. Voir également Vincent HEUZÉ, *op. cit.*, *loc. cit.* : « Telle est la raison d'être de l'activité normative dont, en l'état actuel du droit positif, dépend, partout dans le monde, la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères. En dépit de ce que suggère l'ellipse contenue dans cette dernière expression, un jugement rendu dans un État ne peut jamais être exécuté dans un autre État, non plus qu'y jouir de l'autorité de la chose jugée. Ce qui peut être exécuté et à quoi est attachée l'autorité de chose jugée, c'est au *jugement dont résulte sa reconnaissance* et qui sert, précisément, à vérifier la compatibilité de la solution retenue par le juge étranger avec les exigences de la justice, telles qu'elles sont comprises dans l'État où elle est invoquée ». C'est l'auteur qui souligne. Voir également Sandra LAVENEX, *op. cit.*, p. 765.

inconditionnelle des décisions sans l'essentielle sauvegarde de la réserve locale d'ordre public »¹⁶⁸⁶. L'introduction d'une telle réserve dans l'application du principe de confiance mutuelle en droit international privé de l'Union européenne n'aurait de surcroît rien d'original puisque c'est ainsi que le droit de l'Union l'a conçue à l'origine, s'agissant de la circulation des marchandises et des services¹⁶⁸⁷. Dans le cadre du marché intérieur, le principe de confiance mutuelle ne se suffit pas à lui-même pour permettre la circulation sans contrôle sur le marché d'un État membre de marchandises provenant d'un autre État membre qui ne respecteraient pas les exigences juridiques du premier. L'application systématique de la loi d'origine, si elle a pu séduire un temps, ne s'est finalement pas imposée¹⁶⁸⁸, et la circulation peut être interdite pour des motifs d'intérêt général¹⁶⁸⁹.

338. Or, dans le système mis en œuvre par les règlements de droit international privé de la famille, que l'*exequatur* soit supprimé ou réduit à une simple déclaration constatant la force exécutoire de la décision étrangère, aucune règle n'est prévue pour assurer cette confiance mutuelle puisque les seuls éléments demandés aux fins de l'exécution tendent simplement à faire constater l'existence de la décision et son caractère exécutoire dans l'État d'origine¹⁶⁹⁰. Le juge requis est par ailleurs incapable de s'assurer de la légitimité d'accorder sa confiance, étant donné qu'il ne peut dans certains cas¹⁶⁹¹ pas même exiger la traduction de la décision dont

¹⁶⁸⁶ Louis D'AVOUT, *op. cit.*, *loc. cit.* Dans le même sens, voir Jean-Sylvestre BERGÉ, *op. cit.*

¹⁶⁸⁷ Sur ce point, voir Emmanuelle BONIFAY, *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé. Contribution à l'édification d'un espace de liberté, sécurité et justice*, *op. cit.*, n°s 78-88, pp. 67-72 ; Adrien COMPAIN, *La cohérence du droit judiciaire européen en matière civile et commerciale*, *op. cit.*, n° 205, p. 224 ; Vincent HEUZÉ, *op. cit.*, n° 13, p. 605 ; Johan MEEUSEN, « Instrumentalisation of private international law in the European Union : towards a European conflicts revolution », *European Journal of Migration and Law*, vol. 9, 2007, pp. 287-305, spéc. p. 303 : « the regulation is, with regard to family matters, more radical than the current European approach to mutual recognition in the field of traditional economic freedoms » (« en ce qui concerne le droit de la famille, le règlement se montre plus radical que l'approche européenne actuelle de la reconnaissance mutuelle dans le domaine des libertés économiques traditionnelles ». La traduction est libre) ; Marjolaine ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen. Du marché intérieur à la coopération civile*, *op. cit.*, n°s 160-162, pp. 151-152.

¹⁶⁸⁸ Sur ce point, voir Marion HO-DAC, *La loi du pays d'origine en droit de l'Union européenne. Analyse sous l'angle du droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2012, xii-639 p. ; Vincent HEUZÉ, « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou de l'anti-droit européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 393-415.

¹⁶⁸⁹ Voir *supra*, n° 313. Tandis que les articles 34 et 35 TFUE interdisent les restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation et les mesures d'effet équivalent, l'article 36 prévoit cette limite : « Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ».

¹⁶⁹⁰ En ce sens, au sujet de la proposition de règlement « Bruxelles I bis », voir Vincent HEUZÉ, « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice. La soumission à un utilitarisme obscur (2^{ème} partie) », *JCP G*, n° 14, 4 avril 2011, doctr. 397, pp. 657-661, spéc. n° 2, p. 658.

¹⁶⁹¹ Articles 20 § 2 et 28 § 2 du règlement « Aliments ». En revanche, les règlements « Successions » (article 47 § 2), « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » (articles 46 § 2) prévoient que la décision peut faire l'objet d'une traduction si le juge requis l'exige. En matière de responsabilité parentale dans le nouveau règlement « Bruxelles II ter », à défaut de procédure d'*exequatur*, ce n'est pas le juge

l'exécution est demandée, sauf contestation de cette exécution. Seul le certificat ou le formulaire que délivre la juridiction d'origine peut alors faire l'objet d'une translittération ou d'une traduction le cas échéant¹⁶⁹². Cela rejoint le constat formé dès l'adoption du règlement « Bruxelles II » par Bertrand Ancel et Horatia Muir Watt « d'effacement du fond au profit de la forme »¹⁶⁹³ suscité par le principe de confiance mutuelle dont l'acception semble dictée par une considération d'efficacité.

B. La poursuite de l'efficacité au seul prisme de l'entrave : l'accès à la justice réduit à la « libre circulation » des décisions

339. Définition. – L'efficacité, sans doute intrinsèquement liée à la notion d'organisation, constitue incontestablement une valeur poursuivie non seulement par le droit de l'Union européenne, mais aussi par le droit, de manière générale¹⁶⁹⁴. Sa définition n'est pourtant pas aisée, à la fois parce qu'elle n'a pas été fermement établie¹⁶⁹⁵ tandis que l'usage de la notion est courant, et parce qu'elle tend à se confondre avec des notions proches, notamment avec celle d'effectivité.

La notion d'efficacité s'entend communément de la « capacité de produire le maximum de résultats avec le minimum d'effort, de dépense »¹⁶⁹⁶. L'effectivité quant à elle correspond à la qualité d'une norme qui s'applique réellement¹⁶⁹⁷, qui « produi[t] des effets dans les pratiques sociales »¹⁶⁹⁸ ; elle correspond dès lors à une condition de l'efficacité¹⁶⁹⁹. La notion d'efficacité, partage donc avec l'effectivité une contemplation de l'application du droit, tout en renfermant une autre dimension. Comme le souligne Frédéric Rouvillois, l'efficacité juridique peut être définie « comme "le caractère d'un acte ou d'une décision qui produit l'effet *recherché par son auteur*" — ou encore comme la propriété qu'a la norme de produire, non pas seulement des

requis mais « l'autorité compétente chargée de l'exécution » qui peut demander « une traduction ou une translittération du contenu traduisible des champs de texte libre du certificat qui précise l'obligation à exécuter » (articles 35 § 3 et 46 § 2) ou « une traduction ou une translittération de la décision si elle ne peut agir sans une telle traduction ou translittération » (articles 35 § 4 et 46 § 3).

¹⁶⁹² Articles 20 § 1, *littera* d et 28 § 1, *littera* c du règlement « Aliments ». De même, les articles 41 § 2, 42 § 2 et 45 du règlement « Bruxelles II bis » limitent la traduction du certificat aux modalités d'exercice du droit de visite ou des mesures prises en vue d'assurer le retour de l'enfant, sans envisager la traduction de la décision.

¹⁶⁹³ Bertrand ANCEL, Horatia MUIR WATT, « La désunion européenne : le règlement dit "Bruxelles II" », *RCDIP*, 2001, pp. 403-457, spéc. n° 35, p. 445.

¹⁶⁹⁴ Sur ce point, voir Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET, *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 352 p. ; Frédéric ROUVILLOIS, « L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *Working paper, Fondation pour l'innovation politique*, novembre 2006, pp. 2-34, [en ligne], consulté le 31 mai 2019. URL : http://www.fondapol.org/wp-content/uploads/pdf/documents/Etude_Efficacite_des_normes.pdf.

¹⁶⁹⁵ Il n'en est par exemple pas fait mention dans le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu.

¹⁶⁹⁶ V° « Efficacité », *Le Robert illustré*, 2018. Le terme d'efficience y est défini comme un synonyme.

¹⁶⁹⁷ V° « Effectivité », in *Vocabulaire juridique*, n° 1, p. 384.

¹⁶⁹⁸ Frédéric ROUVILLOIS, *op. cit.*, p. 14.

¹⁶⁹⁹ *Ibid.* Pour une conception proche mais néanmoins différente de ces deux notions et de leurs relations, voir Alexandre FLÜCKIGER, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, pp. 83-101, spéc. pp. 85-86.

effets, mais bien "les effets *que l'on attendait d'elle*" [...]. L'efficacité relève certes, comme l'effectivité, de "l'appréciation *a posteriori* des résultats réels d'une norme, de ses effets concrets". Mais il ne suffit pas qu'une norme soit effective, respectée par ses destinataires, pour pouvoir être considérée comme efficace : il faut en outre, et cette condition est particulièrement exigeante, qu'elle produise l'effet *recherché* — lequel ne se limite pas à son application »¹⁷⁰⁰. Cette caractérisation peut être discutée et la définition générale de l'efficacité en droit mérite des développements dépassant le cadre de notre étude. Cependant, il ne nous importe ici que de comprendre cette notion en tant qu'elle est employée et sert de moteur en droit de l'Union européenne. Son usage n'y a certes pas non plus été accompagné d'une définition ; mais l'observation de l'emploi du terme « d'effectivité » en droit de l'Union européenne semble valider une acception en termes d'application et permettre d'en déduire une notion d'efficacité bien distincte.

340. Distinction de l'efficacité et de l'effectivité en droit de l'Union européenne. – En droit de l'Union européenne, le principe d'effectivité a été conçu comme l'une des limites à l'autonomie procédurale des États membres¹⁷⁰¹ et impose, selon la Cour de justice, que les recours fondés sur le droit de l'Union européenne dont les modalités procédurales relèvent du droit interne des États membres ne rendent pas « en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union »¹⁷⁰². Il apparaît ainsi que le droit de l'Union européenne adopte une acception procédurale de l'effectivité, proche de l'application du droit. La notion d'efficacité n'a pas été conceptualisée, et il a pu arriver qu'il y soit recouru en lieu et place de la notion d'effectivité¹⁷⁰³. Mais son usage général montre qu'elle concerne un domaine plus large que celui de l'effectivité au sens du droit de l'Union. Elle se trouve au fondement de la consécration du principe de primauté et intéresse l'ensemble du processus d'intégration¹⁷⁰⁴. Dans ce contexte, il semble donc possible de retenir une acception large de l'efficacité sans risquer une confusion avec la notion d'effectivité.

¹⁷⁰⁰ Frédéric ROUVILLOIS, *op. cit.*, p. 3, citant François Rangeon, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP), PUF, 1989, p. 130, puis Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 10, et enfin François Rangeon, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁷⁰¹ CJCE, 9 novembre 1983, *Administration des finances de l'État italien c. SpA San Giorgio*, aff. 199/82, *Rec.*, 1983, p. 3595, point 14.

¹⁷⁰² Voir par exemple CJUE, 11 novembre 2015, *Klausner Holz Niedersachsen GmbH*, aff. C-505/14, point 40 ; *AJDA*, 2016, p. 306, chron. E. BROUSSY, H. CASSAGNABÈRE, C. GÄNSER ; *RTD eur.*, 2016, p. 418, note L. COUTRON ; *Europe*, 2016, p. 3, obs. D. SIMON. Sur la notion, voir Jean-Paul JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2018, 854 p., spéc. n^{os} 1048-1053, pp. 676-681.

¹⁷⁰³ Voir par exemple, CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, 1978, p. 629, point 22 ; *AJDA*, 1978, p. 324, note J. BOULOUIS ; *CDE*, 1978, p. 265, obs. A. BARAV.

¹⁷⁰⁴ Sur cette notion, voir Pierre PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, réimp., 2005, 320 p.

341. L'*exequatur* comme obstacle à l'efficacité. – La notion d'efficacité est au cœur de la réflexion européenne en matière de « circulation » des décisions. Elle constitue, avant même le Conseil de Tampere¹⁷⁰⁵ et le début du processus d'adoption du moindre règlement en matière de reconnaissance et d'*exequatur* qu'elle va donc irriguer¹⁷⁰⁶, un objectif immédiat des normes adoptées en la matière. La Commission affirme ainsi que « l'objectif [du régime européen de circulation des décisions] doit être d'assurer le plus globalement possible un accès à la justice rapide, efficace et peu coûteux »¹⁷⁰⁷, ce qu'elle réduit, en titre de sa communication sur le sujet, à la nécessité d'accroître l'efficacité dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne. Il en irait de la viabilité de l'espace de liberté, de sécurité et de justice¹⁷⁰⁸. Or, dans cette quête, le maintien d'une procédure d'*exequatur* a été ouvertement identifiée comme l'une des « données du problème »¹⁷⁰⁹. La Commission a ainsi très clairement affirmé, au sujet de la convention de Bruxelles, que « l'obligation de mettre en œuvre une procédure de reconnaissance et d'*exequatur* en vue d'une exécution à l'étranger engendre des délais supplémentaires, quelquefois très longs, et des coûts additionnels souvent importants. Ces coûts et délais s'ajoutent à ceux relatifs à la procédure dans l'État d'origine et sont de nature à privilégier lorsque c'est possible la juridiction de l'État où la décision doit être exécutée, de manière à éviter la procédure d'*exequatur* »¹⁷¹⁰. Pis, la procédure d'*exequatur* pourrait, selon la Commission, s'avérer dissuasive en comparaison avec le gain espéré de la procédure judiciaire¹⁷¹¹. Le vocabulaire employé par la Commission est sans ambages : l'*exequatur* constitue selon elle une « *barrière* » qui fait « *obstacle* à la libre circulation des jugements d'un État membre à l'autre » et « constitue un *frein* à l'accès à la justice »¹⁷¹². L'*exequatur* n'est donc perçu qu'au seul prisme de l'entrave¹⁷¹³, qui en tant que telle doit disparaître pour assurer,

¹⁷⁰⁵ Voir par exemple Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne, précitée. Voir également Maria FARTUNOVA-MICHEL, Claire MARZO, « La notion de reconnaissance mutuelle : entre confiance et équivalence », *op. cit.*, p. 14.

¹⁷⁰⁶ Voir en dernier lieu en droit de la famille Commission européenne, 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, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte), 30 juin 2016, COM(2016) 411 final, exposé des motifs, n° 1, p. 4 : « La procédure visant à déclarer exécutoire une décision rendue dans un autre État membre ("*exequatur*") reste un obstacle à la libre circulation des décisions, qui entraîne des coûts inutiles et des retards pour les parents et leurs enfants concernés par une procédure transfrontière ».

¹⁷⁰⁷ Commission des Communautés européennes, Communication précitée, n° 2, p. 3.

¹⁷⁰⁸ Rafael ARENAS GARCIA, « Abolition of *exequatur* : problems and solutions. Mutual recognition, mutual trust and recognition of foreign judgments : too many words in the sea », *YPIL*, vol. 12, 2010, pp. 351-375, spéc. p. 361.

¹⁷⁰⁹ Commission des Communautés européennes, Communication précitée, p. 5.

¹⁷¹⁰ *Ibid.*, n° 5, p. 5.

¹⁷¹¹ *Ibid.*

¹⁷¹² *Ibid.*, n°s 5-6, p. 5.

¹⁷¹³ Sur les conséquences d'une telle conception appliquée à la matière pénale, voir David CHILSTEIN, « Remarques sur le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale », *op. cit.*, pp. 219-220.

pour le bien commun¹⁷¹⁴, l'efficacité du régime de « circulation » des décisions au sein de l'espace judiciaire européen. C'est cette conception de l'*exequatur* en termes d'efficacité, de recherche de l'accélération et de la simplification du régime de « circulation » des décisions¹⁷¹⁵, devenue une fin en soi, qui explique la traduction du principe de reconnaissance mutuelle, s'agissant des décisions judiciaires, par la suppression plus ou moins progressive de l'*exequatur*. En effet, le « processus intégratif européen [... étant] principalement déterminé par les réalisations juridiques qui lui attribuent toute sa signification et son originalité »¹⁷¹⁶, il s'agit, pour le législateur européen, de mettre en œuvre l'abolition ou l'amoindrissement du régime d'*exequatur*, sans attendre que les conditions en soient effectivement réunies, et donc que les obstacles à cette évolution soient véritablement levés. L'efficacité constitue dès lors un facteur de choix de la démarche législative à suivre au détriment de tout autre facteur¹⁷¹⁷ : la volonté de mettre en œuvre un espace judiciaire européen par l'instauration d'un régime efficace de circulation des décisions devient un argument en elle-même pour y parvenir par les moyens les plus simples¹⁷¹⁸. Dans ce cadre, le recours au principe de confiance mutuelle sert indubitablement la poursuite de l'efficacité en permettant de « relativiser les obstacles que cette diversité juridique oppose au développement de l'[Espace de liberté, de sécurité et de justice] »¹⁷¹⁹ et aux États d'admettre ainsi l'abaissement ou la disparition des contrôles¹⁷²⁰. Les relations entre confiance mutuelle et efficacité sont donc ici inversée : il ne s'agit pas de fonder un régime efficace sur une confiance mutuelle établie, mais d'invoquer une confiance mutuelle décrétée au service de l'efficacité¹⁷²¹.

Cette poursuite de l'efficacité s'appuie sur une conception extrêmement formelle de l'*exequatur* et plus largement de l'administration de la justice. Cette vision ne résulte pas de la transformation de l'*exequatur* en une formalité par les règlements de droit international privé mais la précède. D'emblée en droit de l'Union, l'*exequatur* est perçue comme une procédure

¹⁷¹⁴ Pour le même constat s'agissant du règlement « TEE », voir Gilles CUNIBERTI, « Recognition of foreign judgments lacking reasons in Europe - Access to justice, foreign court avoidance and efficiency », *ICLQ*, 2008, pp. 25-52, spéc. p. 47.

¹⁷¹⁵ Voir pour le constat en matière pénale Anne MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, V^o « Coopération et harmonisation : matière pénale », *op. cit.*, points 54-55.

¹⁷¹⁶ Vahit POLAT, « L'ordre constitutionnel français et l'efficacité du droit de l'Union européenne », *Communication au 9^{ème} Congrès français de droit constitutionnel des 26, 27 et 28 juin 2014*, 28 p., spéc. p. 19, [en ligne], consulté le 23 mai 2019. URL : http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLC.C-polat_T2.pdf.

¹⁷¹⁷ Voir, au sujet du règlement « TEE », Louis D'AVOUT, « La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004 », *op. cit.*

¹⁷¹⁸ En ce sens, voir Rafael ARENAS GARCIA, *op. cit.*, loc. cit.

¹⁷¹⁹ Henri LABAYLE, « La confiance mutuelle dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *op. cit.*, p. 160.

¹⁷²⁰ En ce sens, Matthias WELLER, « Mutual trust : in search of the future of European Union private international law », *op. cit.*, p. 70.

¹⁷²¹ Evelien BROUWER, « Mutual trust and judicial control in the area of freedom, security, and justice : an anatomy of trust », in *Mapping mutual trust : understanding and framing the role of mutual trust in EU law*, *op. cit.*, pp. 59-68, spéc. p. 62 ; Matthias WELLER, *op. cit.*, loc. cit.

coûteuse et longue, déchue de sa fonction protectrice des droits du défendeur à l'instance en *exequatur*¹⁷²². En particulier, les droits fondamentaux matériels et procéduraux du défendeur revêtent dans l'ensemble des textes du droit de l'Union une moindre importance par rapport à la recherche de l'efficacité. Certes, celle-ci y est présentée comme un moyen d'améliorer l'accès à la justice, qui est un droit fondamental résultant du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial garanti par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et du droit à un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷²³. Mais ce droit d'accès à la justice est orienté à la seule faveur du créancier, à l'exclusion du débiteur qui aura succombé dont la prise en considération des droits est, dans l'État membre d'exécution, soit reportée à un stade ultérieur, soit entièrement supprimée. Il s'agit « désormais, d'assurer l'accès de tous les citoyens à la protection juridictionnelle effective de leurs droits, en leur permettant d'obtenir l'exécution forcée de toute décision judiciaire, de quelque État membre qu'elle émane, comme s'il s'agissait d'une décision nationale »¹⁷²⁴ : la garantie de l'accès à la justice semble s'épuiser dans l'exécution des décisions judiciaires obtenues dans le pays d'origine¹⁷²⁵. Si bien que la balance invoquée par la Cour de justice¹⁷²⁶ entre un accès à la justice efficace et la protection des droits de la défense paraît loin d'être suffisante. Pourtant, la protection effective et *a priori* des droits de la partie succombante s'intègre parfaitement aux objectifs fixés par le Conseil de Tampere lorsqu'il affirme que « [l]e 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 »¹⁷²⁷ et que « le renforcement de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et des jugements [...] faciliterait] la coopération entre autorités et la protection judiciaire des droits de la personne »¹⁷²⁸.

342. Conclusion du paragraphe. – Transition. – Cette organisation de l'espace judiciaire européen s'articule autour de deux figures idéalisées, celle de justices nationales fongibles et celle du demandeur à l'exécution dont la protection résume la conception de la justice qui y est

¹⁷²² Voir en ce sens Gilles CUNIBERTI, *op. cit.*, pp. 47-48.

¹⁷²³ Sur la notion, voir *infra*, n^{os} 483-487.

¹⁷²⁴ María LÓPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, *op. cit.*, n^o 7, p. 4. Sur l'évolution de la réflexion relative à la suppression de l'*exequatur* et la « dimension politique » acquise par « la question de la circulation intra-communautaire » des décisions, voir *op. cit.*, n^{os} 7-20, pp. 4-21.

¹⁷²⁵ Pour une critique d'une telle conception, voir *infra*, n^o 486.

¹⁷²⁶ Eva STORSKRUBB, « Mutual trust and the dark horse of civil justice », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 20, 2018, pp. 179-201, spéc. p. 191. Voir *infra*, n^{os} 350-351.

¹⁷²⁷ Conseil européen, Conclusions du Conseil de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, point 2.

¹⁷²⁸ *Ibid.*, point 33.

en vigueur. Pourtant, en ne dépassant ni l'une ni l'autre, l'espace judiciaire européen ne se donne pas les moyens de protéger effectivement les droits fondamentaux des parties et ainsi de donner à la justice un contenu propre.

II. La confiance mutuelle au service d'un accès à la justice au seul prisme de l'entrave : un risque pour la protection des droits fondamentaux

343. Plan. – La revalorisation de la justice et de la protection des droits fondamentaux dans la construction de l'espace judiciaire européen nécessite d'une part de donner un fondement juridique à la confiance en en définissant des conditions en rapport avec son objet (A), et d'autre part d'en définir les limites (B).

A. En amont : fonder la confiance sur la garantie du respect des droits fondamentaux des parties. D'une confiance aveugle à une confiance « tangible »¹⁷²⁹

344. Le recours au principe de confiance mutuelle comme outil de mise en œuvre anticipée d'un abaissement effectif des frontières judiciaires peut étonner, en raison non seulement de l'objet de la confiance mutuelle mais aussi de l'embryon de méthode définie par les institutions européennes.

345. Objet de la confiance mutuelle. – Ainsi que l'a indiqué la Cour de justice au sujet de la convention de Bruxelles, la confiance mutuelle que doivent s'accorder les États membres porte sur « leurs systèmes juridiques ainsi que [sur] leurs institutions judiciaires »¹⁷³⁰. Selon Marjolaine Roccati, « [l]a confiance accordée par les États membres porte ainsi sur la justice dans son ensemble, à savoir tout le processus judiciaire permettant de parvenir à une décision qui sera ensuite reconnue. Elle consiste dans la reconnaissance d'une justice équivalente rendue par les juridictions de tous les États membres »¹⁷³¹. Cette équivalence est aujourd'hui fondée, selon les institutions européennes, à la fois sur le partage de valeurs communes énoncées à

¹⁷²⁹ Voir Jacques NORMAND, « Conclusions », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Anne-Marie Leroyer, Emmanuel Jeuland (dir.), Dalloz, 2004, pp. 167-181, spéc. p. 172 : « La libre circulation des jugements suppose une confiance mutuelle. Une telle confiance ne peut être fondée que sur des raisons tangibles. Les conditions dans lesquelles sont introduites et diligentées les procédures menant au jugement ne sauraient être indifférentes à l'État requis d'exécuter sans contrôle les décisions rendues ailleurs. Au moins faut-il que les règles fixant ces conditions soient reconnues par tous comme satisfaisantes. La fixation de "normes minimales communes" répond, parmi d'autres procédés, à cette exigence ».

¹⁷³⁰ CJCE, 15 février 2007, *Eirini Lechouritou et al.*, aff. C-292/05, *Rec.*, 2007, p. I-1519, point 44 ; *RCDIP*, 2008, p. 61, note H. MUIR WATT, É. PATAUT ; *Europe*, 2007, comm. 125, obs. L. IDOT. Voir, se référant à la « confiance mutuelle dans l'administration de la justice des États membres », le considérant 18 du règlement « TEE ».

¹⁷³¹ Marjolaine ROCCATI, *op. cit.*, n° 152, p. 146. Voir également en ce sens, évoquant une confiance dans « la manière dont la justice a été rendue dans le pays d'origine », Jacques NORMAND, « Vers la reconnaissance d'un droit européen de l'exécution. Les différentes étapes depuis le Traité d'Amsterdam », in *Le visage inconnu de l'espace judiciaire européen*, Actes du colloque organisé par la revue *Droit et Procédures* des 20 et 21 juin 2003, Mélina Douchy-Oudot (dir.), Éditions juridiques et techniques, 2004, pp. 109-122, spéc. n° 201, p. 111.

l'article 2 TUE et sur l'uniformisation des règles de compétence internationale directe et, dans la plupart des cas, de conflit de lois en droit de l'Union européenne¹⁷³². Cependant, la confiance que cherche à instaurer le législateur européen s'entend d'une « [c]onfiance dans l'aptitude du juge européen à *faire respecter les principes généraux* de procédure de nature à *assurer* à tout justiciable un procès juste et équitable ; [d'une] confiance aussi dans son aptitude à juger ; [d'une] confiance enfin dans les règles de fond que ce juge appliquera »¹⁷³³. Elle suppose donc une confiance dans les règles de procédure qui mettent en œuvre les principes, et une confiance dans la qualité des règles de fond comme dans la manière selon laquelle les juges les appliquent. Cela apparaît nettement lorsque l'on considère la confiance mutuelle non plus du point de vue des relations interétatiques, mais de celui des garanties individuelles qui permettrait « une lecture plus équilibrée de la confiance mutuelle, prenant en compte la confiance légitime des individus à voir leurs droits fondamentaux être garantis de manière analogue dans l'ensemble de l'Union, à nourrir eux aussi la confiance à l'égard du système juridique des autres États membres »¹⁷³⁴. Dès lors, les fondements sur lesquels elle repose *de lege lata* sont soit insuffisants, soit impropres à créer entre les États membres un sentiment de confiance mutuelle dans l'équivalence de la justice qu'ils rendent. Insuffisants, les valeurs et principes énumérés par l'article 2 TUE le sont qui manquent de précision et peuvent se traduire de diverses façons, plus ou moins conformes et protectrices, d'une législation nationale à l'autre. C'est le constat de l'existence de règles de procédure et de fond mettant effectivement et suffisamment en œuvre ces principes qui seul est de nature à fonder la confiance mutuelle. Impropres sont l'uniformisation des règles de compétence internationale directe et celle des règles de conflit de lois, qui ne donnent pas d'indication sur la conception intrinsèque de la justice retenue par un État et sur sa qualité¹⁷³⁵.

346. Nécessité d'une assise reconnue dans les textes programmatiques. – Cette « confiance aveugle »¹⁷³⁶ mise en œuvre par souci d'efficacité est d'autant plus déroutante qu'il

¹⁷³² Voir *supra*, nos 315-316. Voir également en ce sens Emmanuelle BONIFAY, *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé. Contribution à l'édification d'un espace de liberté, sécurité et justice*, *op. cit.*, spéc. nos 135-137, pp. 102-104.

¹⁷³³ Gérard PLUYETTE, « La jurisprudence du tribunal de Paris en matière d'*exequatur* des jugements étrangers (1964-1988) », *Trav. com. fr. DIP*, 1988-1990, Éditions du CNRS, 1991, pp. 27-57, spéc. p. 28. C'est nous qui soulignons. Voir également en ce sens, évoquant, en matière civile et commerciale, une « confiance des États membres dans la manière dont la justice est rendue par les systèmes judiciaires des autres États membres », Adrien COMPAIN, *op. cit.*, n° 193, p. 216.

¹⁷³⁴ Henri LABAYLE, « La confiance mutuelle dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *op. cit.*, p. 162. Sur le degré de confiance des citoyens envers la justice de leur propre pays et envers celle des autres États de l'Union européenne, consulter le sondage Eurobaromètre « *Justice in the EU* », novembre 2013, commandé par la Commission européenne. En particulier, il est indiqué (p. 5) que la majorité des personnes pensent qu'il existe d'importantes différences entre les justices des États membres en termes de qualité (58%), d'efficacité (58%) et d'indépendance (52%).

¹⁷³⁵ Voir *supra*, nos 318-325.

¹⁷³⁶ Sur la notion de « *blind trust* » par opposition à celle de « *binding trust* » désignant une confiance accordée en considération d'éléments de nature à l'étayer, voir notamment Koen LENAERTS, « La vie après l'avis : exploring

apparaît que globalement, les institutions européennes ne s'y sont pas trompées, mesurant les exigences, en termes de confiance mutuelle, de la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle. Dans un premier temps, le Conseil de Tampere n'a certes pas paru avoir eu l'intention de *conditionner* à l'adoption de normes minimales, notamment en matière procédurale, la suppression des mesures intermédiaires en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions adoptées en matière de petits litiges et pour certaines questions relevant du droit de la famille. Affirmant que « [c]es décisions seraient automatiquement reconnues dans l'ensemble de l'Union sans procédure intermédiaire ni motifs de refus d'exécution »¹⁷³⁷, le Conseil poursuit en précisant que « [c]e dispositif *pourrait* s'accompagner de la fixation de normes minimales pour certains aspects de procédure civile »¹⁷³⁸. Il ne s'agit donc pas ici d'un impératif. Mais par la suite, la nécessité de normes minimales paraît avoir été admise. Le Conseil reconnaît ainsi qu'« [i]l sera parfois nécessaire, voire indispensable, d'établir sur le plan européen, un certain nombre de règles procédurales, qui constitueront des garanties minimales communes, destinées à renforcer la confiance réciproque entre les systèmes judiciaires des États membres. Ces garanties permettront notamment d'assurer le strict respect des exigences du procès équitable, dans le droit fil de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹⁷³⁹. La Commission, dressant un bilan du programme de Tampere, déclare que « [l]a reconnaissance mutuelle *exige* [...] une base commune de principes partagés et de normes minimales, afin notamment de renforcer la confiance mutuelle »¹⁷⁴⁰. Elle reconnaît que « [l]'approfondissement de la reconnaissance mutuelle nécessite *d'accroître la confiance réciproque* entre les États membres, y compris par l'adoption de certains standards minimaux de procédure »¹⁷⁴¹. La Commission va ensuite plus loin en reconnaissant que l'uniformisation des règles de compétence internationale directe et de conflit de lois ne sont pas de nature à instaurer la confiance mutuelle. Elle affirme :

« Un espace européen de justice ne constitue pas seulement un espace dans lequel les décisions judiciaires obtenues dans un État membre sont reconnues et exécutées dans d'autres États membres, mais plutôt un espace dans lequel un accès

the principle of mutual (yet not blind) trust », *Common Market Law Review*, 2017, vol. 54, pp. 805-840 ; Kalypso NICOLAÏDIS, « Trusting the poles : constructing Europe through mutual recognition », *op. cit.* ; Eva STORSKRUBB, « Mutual trust and the dark horse of civil justice », *op. cit.*

¹⁷³⁷ Conseil européen, Conclusions du Conseil de Tampere, point 34.

¹⁷³⁸ *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

¹⁷³⁹ Conseil européen, Projet de programme des mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale, JOCE, n° C 12/1, 15 janvier 2001, p. 1.

¹⁷⁴⁰ Commission des Communautés européennes, Communication au Conseil et au Parlement européen. Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations, 2 juin 2004, COM(2004) 401 final, point 2.6, p. 10. C'est nous qui soulignons.

¹⁷⁴¹ *Ibid.*, point 2.7, p. 11. C'est la Commission qui souligne.

effectif à la justice est garanti en vue de l'obtention et de l'exécution des décisions judiciaires. Pour ce faire, l'Union ne doit pas seulement envisager des dispositions relatives à la compétence, à la reconnaissance et au conflit de lois, *mais également des mesures permettant d'instaurer une confiance mutuelle* entre les États membres, en créant des normes procédurales minimales et en garantissant un niveau élevé de qualité des systèmes judiciaires, notamment concernant l'équité et le respect des droits de la défense »¹⁷⁴².

347. Une confiance mutuelle sans fondement en droit positif. – Ces déclarations se sont cependant diversement traduites dans les textes applicables en matière de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. En droit primaire d'une part, l'article 81 § 2, *littera f* TFUE prévoit la possibilité, en matière de coopération judiciaire en matière civile, d'adopter « des mesures visant à assurer [...] 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 »¹⁷⁴³. L'article 81 TFUE ne prévoit en revanche aucune possibilité pour harmoniser des règles de fond. Dans les règlements européens adoptés en matière familiale d'autre part, il convient de distinguer entre les règlements qui prévoient une procédure de certification et ceux qui n'en prévoient pas.

Le règlement « Bruxelles II *bis* » introduit une telle procédure en matière de droit de visite et de retour de l'enfant et procède à cette occasion à une harmonisation minimale de certains aspects de la procédure¹⁷⁴⁴ sans pour autant protéger d'une manière quelconque les droits de la défense : d'un côté, ce rapprochement a simplement pour objet la signification ou la notification de l'acte introductif d'instance dans le cadre d'une procédure par défaut et la possibilité pour

¹⁷⁴² Commission des Communautés européennes, Communication au Conseil et au Parlement européen, 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, 10 mai 2005, COM(2005) 184 final, point 9. C'est nous qui soulignons.

¹⁷⁴³ Comp. les termes beaucoup plus directs de l'article 82 § 2 TFUE : « Dans la mesure où cela est nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire dans les matières pénales ayant une dimension transfrontière, le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales. Ces règles minimales tiennent compte des différences entre les traditions et systèmes juridiques des États membres. Elles portent sur : a) l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres ; b) les droits des personnes dans la procédure pénale ; c) les droits des victimes de la criminalité ; d) d'autres éléments spécifiques de la procédure pénale, que le Conseil aura identifiés préalablement par une décision [...] ». Sur ce point, voir Koen LENAERTS, « The principle of mutual recognition in the area of freedom, security and justice », *The Fourth Annual Sir Jeremy Lever Lecture*, All Souls College, Oxford University, 30 janvier 2015, pp. 1-29, spéc. p. 9, [en ligne], consulté le 20 mai 2019. URL : https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/the_principle_of_mutual_recognition_in_the_area_of_freedom_judice_lenaerts.pdf.

¹⁷⁴⁴ Voir *supra*, n^{os} 322.

l'enfant et les parents d'être entendus¹⁷⁴⁵. D'un autre côté, le certificat, à l'exception d'une action en rectification matérielle qui peut être intentée dans l'État membre d'origine, ne peut faire l'objet d'aucun recours¹⁷⁴⁶. La faiblesse de la protection des droits du défendeur est encore plus saillante si on la compare avec celle qui est mise en œuvre par le règlement « TEE », certes plus étendue en ce qu'elle prévoit non seulement des conditions plus développées s'agissant de l'émission du certificat mais aussi une possibilité de le contester, mais dont l'insuffisance a déjà été dénoncée¹⁷⁴⁷. À l'exception du règlement « Bruxelles II *bis* » et, à sa suite, du règlement « Bruxelles II *ter* », aucun règlement ne contient de mesures visant à rapprocher les normes procédurales nationales ou à instaurer des normes procédurales européennes¹⁷⁴⁸. Dans le règlement « Aliments », en ce qui concerne les décisions rendues dans un État lié par le protocole de La Haye et qui donc non seulement ne sont soumises à aucune mesure intermédiaire, mais à la reconnaissance desquelles il est aussi impossible de s'opposer, aucune procédure de certification n'est prévue. Un droit de demander un réexamen est néanmoins accordé au défendeur lorsqu'il n'a pas comparu dans l'État membre d'origine dans deux cas, qui ne valent que s'il a exercé un recours contre la décision s'il était en mesure de le faire¹⁷⁴⁹ : si « l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent ne lui a pas été signifié ou notifié en temps utile et de telle manière qu'il ait pu se défendre » ou s'« il s'est trouvé dans l'impossibilité de contester la créance alimentaire pour cause de force majeure ou en raison de circonstances extraordinaires sans qu'il y ait eu faute de sa part ». Aucun autre motif n'est

¹⁷⁴⁵ Comp. la vision de la Cour de justice du droit à un procès équitable réduit au droit d'être entendu perçu comme une garantie suffisante de la libre circulation des jugements dans le règlement « TEE » : Eva STORSKRUBB, *op. cit.*, p. 190.

¹⁷⁴⁶ Article 43 du règlement « Bruxelles II *bis* ».

¹⁷⁴⁷ Voir en particulier la critique sans appel de Louis D'AVOUT, *op. cit.*, n° 18, p. 26 : « Regrettable, cette tendance [à l'effacement du fond au profit de la forme] pourrait néanmoins être acceptée, mais à la condition que la nouvelle procédure formelle garantisse les droits élémentaires des particuliers quant à l'accès à la justice et à la contestation des actes leur faisant grief. Or, curieusement, le règlement, qui institue un instrument aux effets potentiellement radicaux, ne prévoit que des voies de recours restrictives et imprécises contre l'édition du certificat, indûment centralisées dans l'État d'origine. Le trouble n'est pas dissipé par les conditions procédurales imposées à la juridiction d'origine en amont de la certification ; celles-ci sont imparfaites : lacunaires, trop libérales ou bien trop imprécises. En la matière, il eût fallu procéder à une vraie harmonisation de la procédure transfrontière ; par choix politique ou par économie de moyens, on a préféré rester au milieu du chemin ».

¹⁷⁴⁸ Comp. les considérants 3 et 4 des directives 2010/64 du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales (JOUE, n° L 280/1, 26 octobre 2010) et 2012/13/UE du 23 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (JOUE, n° L 142/1, 1^{er} juin 2012) : « La mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales présuppose une confiance mutuelle des États membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale. L'étendue de la reconnaissance mutuelle dépend étroitement de certains paramètres, au nombre desquels figurent les mécanismes de protection des droits des suspects ou des personnes poursuivies et la définition des normes minimales communes nécessaires pour faciliter l'application du principe reconnaissance mutuelle.

« La reconnaissance mutuelle des décisions pénales ne peut être efficace que dans un climat de confiance, au sein duquel non seulement les autorités judiciaires, mais aussi tous les acteurs de la procédure pénale, considèrent les décisions des autorités judiciaires des autres États membres comme équivalentes aux leurs, ce qui implique une confiance mutuelle en ce qui concerne non seulement le caractère approprié des règles des autres États membres, mais aussi l'application correcte de ces règles ».

¹⁷⁴⁹ Article 19 § 1 du règlement « Aliments ».

envisagé. Si bien que dans la première catégorie de textes, lorsqu'une procédure de certification est prévue, ces normes sont largement insuffisantes pour fonder la confiance mutuelle alors même que c'est sur elles que repose la suppression de l'*exequatur*¹⁷⁵⁰ et que dans la seconde, elles sont inexistantes. En tout ou partie, les garanties du procès équitable — notamment le respect des droits de la défense — et ainsi la confiance mutuelle reposent donc largement sur les procédures nationales non harmonisées¹⁷⁵¹, dans un contexte dans lequel même les principes directeurs du procès civil sont différents d'un État membre à l'autre¹⁷⁵².

348. Conclusion. – Ainsi, il nous semble qu'à moins de risquer d'en saper durablement les fondements¹⁷⁵³, un système de reconnaissance mutuelle des décisions fondé sur la réduction ou la suppression des mesures intermédiaires devrait procéder, *au préalable*, à un rapprochement des règles nationales de procédure, voire de fond¹⁷⁵⁴. Un tel rapprochement s'intégrerait cependant dans un contexte normatif lui imposant certaines limites : d'une part, l'espace de liberté, de sécurité et de justice suppose fondamentalement la préservation de la diversité des droits des États membres¹⁷⁵⁵ ; d'autre part, la reconnaissance mutuelle elle-même, si elle nécessite une harmonisation minimale, implique que les États restent largement maîtres de leur législation en la matière. Il nous faut dès lors conclure avec Christian Kohler qu'« en l'état actuel de l'intégration, et pour autant que la souveraineté législative et judiciaire continue d'appartenir aux États membres, une confiance aveugle en la justice étrangère ne saurait en aucun égard se justifier »¹⁷⁵⁶. Pour reprendre la formule de Daniel Flore, « [l]a confiance doit donc pouvoir se penser et se construire dans la différence »¹⁷⁵⁷.

¹⁷⁵⁰ Voir *supra*, n° 322.

¹⁷⁵¹ En ce sens, voir Eva STORSKRUBB, *op. cit.*, p. 191. Pour un constat similaire s'agissant des règlements « TEE », « IPE » et « Petits litiges », voir Noémie REICHLING, *Les principes directeurs du procès civil dans l'Espace judiciaire européen*, th. dactyl., Université de Caen Normandie, 2017, 427 p., spéc. n° 295, pp. 254-255.

¹⁷⁵² Noémie REICHLING, *op. cit.*, n° 296, p. 255.

¹⁷⁵³ Dans le même sens, voir Eva STORSKRUBB, *op. cit.*, p. 181.

¹⁷⁵⁴ En ce sens, voir Emmanuelle BONIFAY, *op. cit.*, n° 153, pp. 114-115 ; Valérie MICHEL, « L'ordre juridique étatique : un ordre juridique concurrencé ? La question du principe de reconnaissance mutuelle », *op. cit.*, p. 43 ; Noémie REICHLING, *op. cit.*, n°s 294-296, pp. 253-255 ; Juliette LELIEUR, Laurence SINOPOLI, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : la reconnaissance mutuelle en débat : chronique de droit européen et comparé », *LPA*, n° 37, 22 février 2010, pp. 7-18, spéc. n° 5, pp. 11-12 ; Eva STORSKRUBB, *op. cit.*, pp. 199-200.

¹⁷⁵⁵ L'article 67 § 1 TFUE dispose : « 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 ».

¹⁷⁵⁶ Christian KOHLER, « Libre circulation du divorce ? Observations sur le règlement communautaire concernant les procédures en matière matrimoniale », in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. 1, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 231-248, spéc. p. 236. Voir, dans le même sens, Louis D'AVOUT, *op. cit.*, n° 8, pp. 14-16.

¹⁷⁵⁷ Daniel FLORE, « La notion de confiance mutuelle : l'"alpha" ou l'"oméga" d'une justice pénale européenne ? », in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Gilles de Kerchove, Anne Weyembergh (dir.), Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, 337 p., pp. 17-28, spéc. p. 27.

B. En aval : la nécessité d'un contrôle au regard de l'ordre public de l'État requis

349. Indifférence du contrôle de l'ordre public international à l'harmonisation des règles de procédure et de fond. – Lorsqu'elle est envisagée, l'harmonisation des règles de procédure ou de fond ou l'adoption de normes minimales au niveau européen est perçue comme un outil qui, mis en œuvre au stade de l'édition de la décision qui a vocation à « circuler », justifie la disparition de tout contrôle préalable à son exécution. Le Conseil affirme ainsi très tôt dans la mise en œuvre des étapes définies dans le Programme de Tampere qu'« [e]n mettant les parties au procès en mesure de faire valoir leurs arguments dans des conditions reconnues valables par tous les États membres, on renforce, en amont, la confiance en la bonne administration de la justice, et il devient dès lors plus facile, en aval, de supprimer tout contrôle »¹⁷⁵⁸. Dans les faits pourtant, l'adéquation entre les conditions de la confiance mutuelle et ses limites, dont la convention de Bruxelles donne une illustration¹⁷⁵⁹, ne semble plus recherchée ; l'allègement drastique et la suppression du contrôle s'accommodent de rapprochements souvent minimes. En outre, dans une certaine mesure, même une harmonisation des conditions en aval ne serait pas suffisante pour supprimer tout contrôle. C'est en particulier du point de vue du contrôle de la conformité de la décision à exécuter à l'ordre public international de l'État requis que des difficultés et la nécessité en découlant de rétablir ou de maintenir ce contrôle s'observent.

350. Un jeu de présomptions contestable. – Il convient avant toute chose de constater que la possibilité d'un tel contrôle est maintenue dans la plupart des textes en matière familiale. Mais si ce contrôle s'effectue, pour l'instant¹⁷⁶⁰, *a priori* et à l'initiative du juge dans le règlement « Bruxelles II bis » en matière de responsabilité parentale¹⁷⁶¹, il ne peut plus l'être dans les autres textes prévoyant un contrôle, à l'image du mécanisme retenu dans le règlement « Bruxelles I »¹⁷⁶², que postérieurement à la déclaration constatant automatiquement la force exécutoire, et à l'initiative du seul débiteur, placé dès lors dans une position de garant de ses propres droits fondamentaux. Le texte présuppose ainsi déjà un haut degré de confiance. La

¹⁷⁵⁸ Conseil européen, Projet de programme des mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale, JOCE, n° C 12/1, 15 janvier 2001, spéc. p. 6.

¹⁷⁵⁹ Voir sur ce point, au sujet de la convention de Bruxelles, Louis D'AVOUT, *op. cit.*, n° 2, p. 6 : « Ce texte donnait déjà largement satisfaction ; il permettait d'établir, dans l'exacte mesure de l'harmonisation des règles de droit international privé et de la confiance mutuelle qui pouvait en résulter, une circulation facile des décisions en Europe en encadrant les voies procédurales et les modalités de contrôle substantiel préalables à leur mise à exécution forcée ». C'est nous qui soulignons.

¹⁷⁶⁰ Le règlement « Bruxelles II ter » supprimant l'*exequatur* en matière de responsabilité parentale, y compris pour les décisions ordinaires, une décision rendue dans un État membre sera automatiquement exécutoire dans les autres États membres, sans que sa conformité à l'ordre public international de l'État membre requis soit contrôlée. Ce contrôle ne pourra par ailleurs pas conduire, *a posteriori*, à contester la force exécutoire de la décision, mais, étrangement à contester son exécution. Sur ce point, voir *supra*, n° 324.

¹⁷⁶¹ Article 31 § 2 du règlement « Bruxelles II bis ».

¹⁷⁶² Article 41 du règlement « Bruxelles I ».

Cour de justice a, dans le cadre de l'application du règlement relatif à la matière civile et commerciale, justifié ce recours *a posteriori* contre la déclaration constatant la force exécutoire d'une décision du point de vue d'une partie du contrôle de l'ordre public, en affirmant que « le système de recours [prévu par le texte] à l'encontre de la reconnaissance ou de l'exécution d'une décision vise à établir un juste équilibre entre, d'une part, la confiance réciproque dans la justice au sein de l'Union, qui justifie que les décisions rendues dans un État membre soient, en principe, reconnues et déclarées exécutoires de plein droit dans un autre État membre, et, d'autre part, le respect des droits de la défense, qui impose que le défendeur puisse, le cas échéant, former un recours, examiné de façon contradictoire, contre la déclaration constatant la force exécutoire, s'il considère que l'un des motifs de non-exécution est établi »¹⁷⁶³. Il est cependant permis de douter, au vu de l'état de l'intégration et du rapprochement des législations en matière procédurale en particulier, de la pertinence de reléguer, sous couvert d'équilibre, la protection des droits fondamentaux à une place secondaire.

La « confiance réciproque » sur laquelle s'appuie la Cour est une confiance décrétée, mais la diversité actuelle des législations nationales semble empêcher, ne serait-ce que d'un point de vue technique, toute présomption de respect des droits fondamentaux par la juridiction d'origine qui permettrait un contrôle *a posteriori*. En effet, selon l'ancien article 1349 du Code civil¹⁷⁶⁴, « [l]es présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ». Si l'on généralise cette définition et que l'on l'applique à la question qui nous occupe, ce que nous semble autoriser son caractère descriptif d'un mécanisme juridique courant, il faut constater que le fait connu est ici défaillant. Le fait inconnu étant la protection effective des droits fondamentaux du défendeur dans la procédure particulière en cause, le fait qui doit être pris en compte s'il est connu est le système général de protection des droits fondamentaux dans l'État de la juridiction d'origine. Or, ce système ne peut être considéré comme connu sur le seul fondement d'engagements pris par l'État de respecter les droits fondamentaux qui peuvent être mis en œuvre de façon très diverses d'un État membre à l'autre — d'autant que c'est le recours juridictionnel qui permet de dépasser la nature programmatique des principes que l'État s'est engagé à respecter, qui leur donne un contenu précis ; un auteur note à cet égard « qu'il n'est pas simple d'évaluer la conformité des systèmes

¹⁷⁶³ CJCE, 28 avril 2009, *Meletis Apostolides c. David Charles Orams, Elizabeth Orams*, aff. C-420/07, *Rec.*, 2009, p. I-3571, point 73 ; *RCDIP*, 2010, p. 377, note É PATAUT. En ce sens, voyant dans ce mécanisme « un déplacement de la coordination à un stade ultérieur de la mise en œuvre de la reconnaissance ou de l'exécution » (« *The abolition thus represents a moving of the coordination to a later stage of the implementation of the recognition or of the enforcement* ». La traduction est libre.), voir Loïc CADIET, « Inaugural lecture. Towards a new model of judicial cooperation in the European Union », *op. cit.*, p. 22. Voir également Eva STORSKRUBB, *op. cit.*, p. 191.

¹⁷⁶⁴ Abrogé, à compter du 1^{er} octobre 2016, par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JORF, n° 35, 11 février 2016, texte n° 26).

juridiques nationaux de façon globale, à l'aune de cet étalon »¹⁷⁶⁵. Le système peut encore moins être estimé connu en considération de l'uniformisation de règles de compétence internationale directe et de conflit de lois. Il ne pourrait l'être qu'à la suite d'un rapprochement des législations nationales par le droit de l'Union ou de l'adoption au niveau européen de règles communes qui donneraient une indication sur la manière dont ils sont mis en œuvre. Il nous semble que le respect de la Charte que la Cour invoque pourrait même jouer en ce sens¹⁷⁶⁶, le contrôle s'effectuant pour protéger des droits qu'elle garantit. Dès lors, en l'état actuel du droit européen, la confiance pouvant résulter, d'une part, du partage de valeurs et de principes et, d'autre part, de l'uniformisation des règles de compétence internationale directe et de conflit de lois n'est pas de nature à fonder une présomption de respect des droits fondamentaux justifiant un contrôle *a posteriori*.

351. Arrêt *Aguirre Zarraga*. – *A fortiori*, les conditions de la suppression de tout contrôle au regard de l'ordre public de l'État requis ne sont pas réunies. Qu'il s'agisse du droit de visite et du retour de l'enfant dans les règlements « Bruxelles II *bis* » et « Bruxelles II *ter* », ou des décisions rendues dans un État membre lié par le protocole de La Haye en matière alimentaire, plus aucun contrôle du respect des droits fondamentaux n'est prévu par le droit de l'Union dans l'État membre d'exécution. Est-ce à dire que la protection des droits fondamentaux n'est plus assurée ? Le législateur européen considère en réalité que la confiance mutuelle permet de considérer que le contrôle effectué dans l'État membre d'origine est suffisant¹⁷⁶⁷. La Cour de justice, manquant l'opportunité de renforcer son rôle protecteur des droits fondamentaux¹⁷⁶⁸, a validé cette démarche¹⁷⁶⁹ en matière familiale dans un arrêt *Aguirre Zarraga*¹⁷⁷⁰, rendu à l'occasion d'un litige relatif au retour d'un enfant après son enlèvement. L'affaire concerne un refus des juges allemands d'exécuter une décision de retour de l'enfant certifiée par la juridiction espagnole d'origine, au motif que la décision a été prise sans audition de l'enfant et violerait ainsi les articles 42 du règlement « Bruxelles II *bis* » et 24 de la Charte des droits

¹⁷⁶⁵ Daniel FLORE, « Réflexions sur l'idée de la "confiance mutuelle" », in *Sécurité et justice : enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Gilles de Kerchove, Anne Weyembergh (éd.), Bruxelles, Éditions de l'Université libre de Bruxelles, 2003, pp. 133-145, spéc. p. 136.

¹⁷⁶⁶ Voir *infra*, n^{os} 483-487, 531-533.

¹⁷⁶⁷ Voir, au sujet du règlement « TEE », Matthias WELLER, « Mutual trust : in search of the future of European Union private international law », *op. cit.*, p. 84.

¹⁷⁶⁸ Sur le rôle de garant des droits fondamentaux endossé par la Cour de justice, en présence d'un contrôle de l'ordre public, voir l'arrêt CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, aff. C-7/98, *Rec.*, 2000, p. I-01935 ; *D.*, 2000, IR, p. 122 ; *RSC*, 2000, p. 686, obs. L. IDOT ; *RTD civ.*, 2000, p. 944, obs. J. RAYNARD.

¹⁷⁶⁹ Sur le parallélisme de raisonnement entre le législateur européen et la Cour de justice, tel qu'il ressort en particulier de l'arrêt *Aguirre Zarraga*, voir Madalina MORARU, « "Mutual trust" from the perspective of national courts. A test in creative legal thinking », *op. cit.*, p. 40.

¹⁷⁷⁰ CJUE, 22 décembre 2010, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*, aff. C-491/10, *Rec.*, 2010, p. I-14247. Voir les commentaires de la décision : *D.*, 2011, p. 1374, obs. F. JAULT-SESEKE ; *RCDIP*, 2012, p. 172, note H. MUIR WATT ; *RTD eur.*, 2011, p. 482, obs. M. DOUCHY-LOUDOT. Voir également sur cet arrêt Valsamis MITSILEGAS, « The limits of mutual trust in Europe's AFSJ : from automatic inter-state cooperation to the slow emergence of the individual », *Yearbook of European Law*, 2012, vol. 31, n^o 1, pp. 319-372, spéc. pp. 350-355.

fondamentaux. La Cour de justice a eu à répondre à la question de savoir si le juge de l'État membre d'exécution était tenu de constater la force exécutoire d'une décision ordonnant le retour d'un enfant, certifiée conformément à l'article 42¹⁷⁷¹ même si elle était entachée d'une violation grave des droits fondamentaux. La Cour commence par affirmer que « la nette répartition de compétences entre les juridictions de l'État membre d'origine et de l'État membre d'exécution établie par les dispositions du chapitre III, section 4, du règlement n° 2201/2003 [...] repose sur la prémisse que lesdites juridictions respectent, dans leur sphère de compétences respectives, les obligations que ce règlement leur impose, en conformité avec la charte des droits fondamentaux »¹⁷⁷². Puis, elle constate que « le juge de l'État membre d'origine ne peut émettre un certificat conforme aux exigences de l'article 42 du règlement n° 2201/2003 qu'après avoir vérifié que, en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant et eu égard à toutes les circonstances du cas d'espèce, la décision sur laquelle portera ce certificat a été adoptée dans le respect du droit de l'enfant de s'exprimer librement et qu'une possibilité réelle et effective de s'exprimer a été offerte à ce dernier, compte tenu des moyens procéduraux nationaux et des instruments de la coopération judiciaire internationale »¹⁷⁷³, et qu'il appartient aux seules juridictions de l'État membre d'origine de vérifier la conformité de la décision aux droits fondamentaux¹⁷⁷⁴.

Affirmant que « les systèmes de reconnaissance et d'exécution des décisions rendues dans un État membre établis par ledit règlement sont fondés sur le principe de confiance réciproque entre les États membres quant au fait que leurs ordres juridiques nationaux respectifs sont en mesure de fournir une protection équivalente et effective des droits fondamentaux, reconnus au niveau de l'Union, en particulier, dans la charte des droits fondamentaux »¹⁷⁷⁵, la Cour en déduit qu'il est impossible pour le juge requis de connaître d'une contestation, fondée sur la violation de droits fondamentaux, de l'exécution d'une décision certifiée conformément à l'article 42¹⁷⁷⁶. La protection des droits fondamentaux serait ici un élément pris en considération en amont et relèverait du seul juge d'origine, à qui le juge requis devrait pouvoir faire une entière confiance. En l'état des différences nationales relatives à la protection procédurale et matérielle de l'intérêt de l'enfant¹⁷⁷⁷, une telle centralisation du contentieux dans

¹⁷⁷¹ Sur l'équilibre que l'article cherche à mettre en œuvre, voir Horatia MUIR WATT, *op. cit.*, spéc. n° 4, p. 182.

¹⁷⁷² CJUE, 22 décembre 2010, *Aguirre Zarraga*, précité, point 59.

¹⁷⁷³ *Ibid.*, point 68.

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*, point 69.

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*, point 70.

¹⁷⁷⁶ *Ibid.*, points 54 et 74.

¹⁷⁷⁷ H. MUIR WATT, note sous CJUE, 22 décembre 2010, C-491/10 PPU et CEDH, 12 juillet 2011, n° 14737/09, *RCDIP*, 2012, p. 172, spéc. n° 1, p. 181.

l'État membre d'origine est hautement critiquable¹⁷⁷⁸, d'autant que le refus des juges allemands d'exécuter la décision certifiée espagnole et la saisine préjudicielle de la Cour révèle, *de facto*, l'écart entre la confiance décrétée que la Cour invoque et sa réalité dans les relations entre ordres juridiques. En effet, en l'espèce, l'expression du refus du juge allemand ne résulte pas même d'une méconnaissance du droit et de la procédure espagnole, mais directement du constat d'une violation, dans le cadre de cette procédure, de droits protégés par le juge allemand. Il ne s'agit donc plus, en imposant l'exécution de la décision espagnole, de présumer la confiance, mais de l'imposer dans un cas où, *de facto*, elle fait défaut. La pérennité d'une telle solution est incertaine, les juridictions semblant faire face « à un nombre croissant de demandes les invitant à percer l'écran de la confiance automatique et à procéder à une protection effective des droits fondamentaux »¹⁷⁷⁹.

352. La protection de l'ordre public international au fondement du rôle du juge. – Dans cette affaire, la contestation de la décision pour violation des droits fondamentaux était encore possible devant le juge espagnol d'origine. Mais au-delà de l'action ou de l'immobilisme des parties sur ce point, il restait absolument impossible pour le juge allemand requis de refuser l'exécution de la décision en cause alors même qu'il a constaté une violation de son ordre public international. Or, au-delà de la question des limites actuelles de la confiance mutuelle, la protection des droits fondamentaux par le juge requis au travers de la défense de son ordre public international peut se réclamer de plusieurs arguments parmi lesquels figure, si l'on prend au sérieux le caractère « mutuel » de la confiance, la nécessité pour le juge requis d'assurer la

¹⁷⁷⁸ Voir sur ce point, au sujet du règlement « TEE », Louis D'AVOUT, *op. cit.*, n° 8, p. 16, en particulier, citant Jean-Paul Correa Delcasso, « La proposition de règlement instituant une procédure européenne d'injonction de payer », *RIDC*, 2005, vol. 57, n° 1, pp. 143-170, spéc. p. 168 : « Par l'effet du règlement 805/2004 s'opère donc un véritable déplacement international du contentieux, une centralisation de l'ensemble du litige de fond dans le pays d'origine, qui n'est pas sérieusement compensé par une harmonisation d'ensemble de la procédure civile. C'est ce qui fait dire, à juste titre, à un auteur que l'on construit de la sorte la maison de la justice européenne "en commençant par le toit" ».

¹⁷⁷⁹ Madalina MORARU, *op. cit.*, p. 38 : « *National courts have been increasingly faced with claims of lifting the veil of the automatic mutual trust in favour of ensuring concrete and individual protection of human rights* ». La traduction est libre. L'auteure renvoie à la base de données du projet *European Judicial Cooperation in the Fundamental Rights Practice of National Courts – the unexplored potential of judicial dialogue methodology (JUDCOOP)*, accessible à l'adresse <http://judcoop.eui.eu/data/?p=data>. Voir les publications relatives à ce projet à l'adresse <https://cjc.eui.eu/publications/>. Il est permis de se demander si ce n'est pas cette considération qui a incité le législateur européen, s'agissant des décisions ordinaires en matière de responsabilité parentale rendues sur le fondement du règlement « Bruxelles II ter », à permettre aux parties de demander, au stade de l'exécution, le refus de l'exécution d'une décision sur le fondement des motifs de non-reconnaissance, parmi lesquels la contrariété de la décision à l'ordre public international (articles 41, 58 et 59 du règlement « Bruxelles II ter »). Au-delà du fait qu'une telle mesure ne concerne pas les décisions « privilégiées », qui restent donc soumises à la jurisprudence *Zarraga* (le considérant 57 du règlement « Bruxelles II ter » le confirme, qui indique qu'« [e]n ce qui concerne la possibilité donnée à l'enfant d'exprimer son opinion, la juridiction d'origine devrait décider de la méthode appropriée pour l'audition d'un enfant. Par conséquent, il ne devrait pas être possible de refuser la reconnaissance d'une décision au seul motif que la juridiction d'origine a utilisé, pour l'audition de l'enfant, une autre méthode que celle qu'utiliserait une juridiction dans l'État membre de reconnaissance »), elle ne nous paraît pas permettre une protection effective des droits fondamentaux, étant donné que celle-ci repose entre les mains du demandeur au refus.

protection des valeurs essentielles de son ordre juridique. Comme le souligne Henri Labayle, « l'administration de la justice repose sur des principes fondamentaux que le juge national doit respecter »¹⁷⁸⁰. Il en va de sa mission et de la justification même de son pouvoir¹⁷⁸¹.

353. Un rôle renforcé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. – Ce rôle semble par ailleurs mériter d'être renforcé, compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits fondamentaux dans le cadre d'une procédure en *exequatur* et du double postulat d'équivalence sur lequel elle repose¹⁷⁸², fragilisant la protection des droits fondamentaux.

Le principe est en effet connu, depuis l'arrêt *Pellegrini*¹⁷⁸³ rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, que les juridictions requises de l'exécution d'une décision se rendent coupables d'une violation de l'article 6 § 1 de la Convention relatif au droit au procès équitable lorsqu'elles procèdent à l'exécution d'une décision qui ne garantit pas ce droit¹⁷⁸⁴¹⁷⁸⁵. Cependant, la Cour européenne s'est aussi employée à organiser les rapports qu'elle entretient avec la Cour de justice de l'Union, dans une optique de coopération, afin de ne pas risquer de soumettre les États membres de l'Union et parties à la Convention EDH à des injonctions contradictoires en matière de protection des droits de l'homme. Depuis l'arrêt *Bosphorus*¹⁷⁸⁶,

¹⁷⁸⁰ Henri LABAYLE, « Les perspectives du contrôle juridictionnel de la confiance mutuelle dans l'Union européenne », in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Gilles de Kerchove, Anne Weyembergh (dir.), Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, pp. 123-147, spéc. pp. 140-141.

¹⁷⁸¹ Sur ce point, voir Vincent HEUZÉ, « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice. L'abolition de la démocratie (1^{ère} partie) », *op. cit.*, n^{os} 5-9, p. 604.

¹⁷⁸² Sur ce point, voir Dominik DÜSTERHAUS, « Judicial coherence in the area of freedom, security and justice – Squaring mutual trust with effective judicial protection », *Review of European Administrative Law*, 2015, vol. 8, issue 2, pp. 151-182, spéc. p. 152.

¹⁷⁸³ CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, req. n^o 30882/96, *Rec. CEDH*, 2001-VIII, p. 353 ; *RCDIP*, 2004, p. 106, note L.-L. CHRISTIANS ; *RTD civ.*, 2001, p. 986, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *Gaz. Pal.*, 23 juillet 2002, n^o 204, doctr. 1157, pp. 2-12, note L. SINOPOLI ; *RTDH*, 2002, p. 463, note J.-P. COSTA.

¹⁷⁸⁴ Voir les points 40 à 48 de l'arrêt.

¹⁷⁸⁵ Une incertitude quant à la portée de cet arrêt est née d'une indication de la Cour. Rendue à propos de l'*exequatur* en Italie d'un jugement du tribunal de la Rote romaine, juridiction ecclésiastique, la décision affirme qu'« un tel contrôle s'impose [...] lorsque la décision dont on demande l'*exequatur* émane des juridictions d'un pays qui n'applique par la Convention » (CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, précité, point 40). La doctrine s'est dès lors divisée entre les auteurs comprenant cette précision comme une impossibilité de contester au titre de l'article 6 § 1 de la Convention l'*exequatur* d'une décision rendue par la juridiction d'un État contractant (voir par exemple L.-L. CHRISTIANS, « Exequatur et procès équitable », note sous CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini*, *RCDIP*, 2004, pp. 106-124 ; Jean-François FLAUSS, « Actualité de la CEDH. L'*exequatur* des jugements étrangers à l'épreuve des exigences du procès équitable », *AJDA*, 2001, pp. 1062-1064. Voir, notant la possibilité d'une telle interprétation mais exprimant des doutes, Laurence SINOPOLI, « Droit au procès équitable et *exequatur*. Strasbourg sonne les cloches à Rome (à propos de l'arrêt *Pellegrini c. Italie* du 20 juillet 2001) », *Gaz. Pal.*, 21-23 juillet 2002, n^o 204, pp. 2-12), et ceux qui rejettent une telle interprétation *a contrario* de l'arrêt, étendant l'obligation de contrôle aux décisions rendues par des États parties à la convention (voir par exemple Gilles CUNIBERTI, « Recognition of foreign judgments lacking reasons in Europe - Access to justice, foreign court avoidance and efficiency », *op. cit.*, pp. 48-49 et les auteurs cités). L'arrêt *Avotins* (CEDH, Gr. ch., 23 mai 2016, *Avotins c. Lettonie*, req. n^o 17502/07 ; *AJDA*, 2016, p. 1738, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2017, p. 1011, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *RTDH*, 2017, p. 391, note F. BENOÎT-ROHMER) lève définitivement le doute en envisageant la sanction d'une telle violation dans un cas concernant deux États contractants (et, accessoirement, membres de l'Union européenne, nous y reviendrons).

¹⁷⁸⁶ CEDH, Gr. ch., 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, req. n^o 45036/98, *Rec. CEDH*, 2005-VI, p. 107 ; *AJDA*, 2005, p. 1886, note J.-F. FLAUSS ; *JCP G*, 2005, II, 10128, note F. SUDRE ; *RFDA*, 2006, p. 566, note

la Cour considère que « la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est [...] "équivalente" à celle assurée par le mécanisme de la Convention »¹⁷⁸⁷, présomption simple d'équivalence qui elle-même repose sur le constat de garanties substantielles et procédurales apportées par l'ordre juridique de l'Union¹⁷⁸⁸. Ainsi, dès lors qu'un État membre exécute une obligation qui s'impose à lui en vertu du droit de l'Union et pour laquelle il ne dispose d'aucune marge d'appréciation, la présomption joue et l'État ne peut être sanctionné¹⁷⁸⁹. C'est le cas des règlements européens qui abolissent l'*exequatur* et c'est ce qui va donc permettre à la Cour de Strasbourg de considérer sur le fondement de cette présomption dans son arrêt *Povse*¹⁷⁹⁰ que, pour autant qu'elle n'y a pas trouvé de dysfonctionnement, l'abolition de l'*exequatur* à laquelle procède le règlement « Bruxelles II bis » en matière de droit de visite et, concernant l'espèce, de retour de l'enfant, n'était pas contraire à la Convention¹⁷⁹¹. Cette solution est d'autant plus intéressante, et dans le même temps problématique, que la Cour de justice avait été saisie quelques temps avant de la même affaire, sans se prononcer sur la conformité de la solution du règlement aux droits fondamentaux¹⁷⁹². Mais la Cour européenne des droits de l'homme considère tout de même la protection équivalente étant donné, d'une part, que le juge national de l'État membre d'exécution de la décision « a dûment fait usage du mécanisme de contrôle prévu par le droit de l'Union européenne »¹⁷⁹³, et que, d'autre part, la Cour de justice avait précisé à cette occasion qu'aucun recours contre la décision ne pouvait être formé dans l'État membre d'exécution, les juges de l'État membre d'origine étant seuls compétents¹⁷⁹⁴. La Cour européenne se contente donc, en termes de protection des droits fondamentaux dans le cadre de l'exécution d'une décision, du seul contrôle pouvant être effectué non seulement par un État, et non plus par une organisation internationale, mais en outre par l'État *d'origine* de la décision. À cet égard, nous ne pouvons que souscrire à la critique formulée par Gilles Cuniberti :

J. ANDRIANTSIMBAZOVINA ; *RTD eur.*, 2005, p. 749, obs. J.-P. JACQUÉ ; *L'Europe des libertés*, 2005, n° 17, p. 6, obs. F. KAUFF-GAZIN ; *RTDH*, 2005, p. 827, note F. BENOÎT-ROHMER ; *RGDIP*, 2006, p. 85, note A. CIAMPI.

¹⁷⁸⁷ CEDH, Gr. ch., 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, précité, point 165.

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*, points 159 à 164.

¹⁷⁸⁹ *Ibid.*, point 156 : « Si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de présumer qu'un État respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation ».

¹⁷⁹⁰ CEDH, 18 juin 2013, *Povse c. Autriche*, req. n° 3890/11, point 77 ; *D.*, 2014, p. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *AJfam.*, 2013, p. 514, obs. A. BOICHÉ ; *RCDIP*, 2014, p. 303, note G. CUNIBERTI.

¹⁷⁹¹ CEDH, 18 juin 2013, *Povse c. Autriche*, précité, point 87.

¹⁷⁹² Voir sur ce point Gilles CUNIBERTI, « Abolition de l'*exequatur* et présomption de protection des droits fondamentaux. À propos de l'affaire *Povse c. Autriche* », *RCDIP*, 2014, pp. 303-327, spéc. nos 10-13, p. 308-309. L'opinion de la Cour de justice sur ce point fait cependant peu de doute au regard de la solution de l'arrêt *Aguirre Zarraga*.

¹⁷⁹³ CEDH, 18 juin 2013, *Povse*, précité, point 81 : « the Court observes that the Supreme Court duly made use of the control mechanism provided for in European Union law » (la traduction est libre).

¹⁷⁹⁴ *Ibid.*

« La logique de cette motivation est bien difficile à déceler. Il y a tout d'abord une contradiction évidente entre les deux temps du raisonnement. Dans un premier temps, la Cour souligne l'importance du recours effectué auprès du juge communautaire pour finalement admettre, dans un second temps, que son objet importe peu. Ensuite et surtout, la Cour semble vider totalement de sa substance la doctrine de la protection équivalente offerte par les organisations internationales auxquelles les États parties à la Convention européenne souhaiteraient déléguer une partie de leur souveraineté. Jusqu'à l'arrêt *Povse*, la logique de la construction jurisprudentielle strasbourgeoise était d'accepter que la protection des droits fondamentaux puisse être confiée à une autre organisation internationale. Les conditions de cette délégation opérée par la Cour de Strasbourg étaient logiquement que l'autre organisation internationale offre des mécanismes de protection équivalents à ceux offerts par le système du Conseil de l'Europe. Ainsi, dans l'affaire *Michaud*, il était reproché au juge national de l'État mis en cause, le Conseil d'État français, de ne pas avoir mis en œuvre le "mécanisme international pertinent" pour le droit fondamental considéré. Avec l'arrêt *Povse*, la Cour se satisfait d'une délégation de contrôle opérée par l'organisation internationale considérée auprès d'un État, par ailleurs partie à la Convention européenne. La protection équivalente n'est donc plus offerte par l'organisation internationale, mais par un État »¹⁷⁹⁵.

354. Perspectives d'évolution en matière de protection des droits fondamentaux –

Cependant, une amélioration du sort de la protection des droits fondamentaux dans le cadre de l'exécution d'une décision étrangère pourrait avoir été annoncée par un dernier arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'arrêt *Avotins*¹⁷⁹⁶ rendu à propos du mécanisme d'*exequatur* mis en œuvre par le règlement « Bruxelles I », la Cour réaffirme — pour la première fois depuis l'avis 2/13 rendu par la Cour de justice de l'Union européenne — la présomption d'équivalence qui vaut en faveur de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux¹⁷⁹⁷. Mais elle apporte une précision qui pourrait placer les États membres dans une situation conflictuelle vis-à-vis de leurs obligations respectivement contractées dans le cadre du Conseil de l'Europe et dans celui de l'Union européenne, et, à terme, dans le cadre d'un dialogue entre les juges, changer la donne en matière d'équilibre entre confiance mutuelle et protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne. Selon cet arrêt,

¹⁷⁹⁵ Gilles CUNIBERTI, *op. cit.*, n° 44, p. 318.

¹⁷⁹⁶ CEDH, Gr. ch., 23 mai 2016, *Avotins c. Lettonie*, précité.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*, points 102-104.

« [la Cour] doit vérifier que le principe de reconnaissance mutuelle n'est pas appliqué de *manière automatique et mécanique au détriment des droits fondamentaux* – droits dont la CJUE rappelle elle aussi le nécessaire respect dans ce contexte. Dans cet esprit, lorsque les juridictions des États qui sont à la fois partie à la Convention et membres de l'Union européenne sont appelées à appliquer un mécanisme de reconnaissance mutuelle établi par le droit de l'Union, *c'est en l'absence de toute insuffisance manifeste des droits protégés par la Convention qu'elles donnent à ce mécanisme son plein effet. En revanche, s'il leur est soumis un grief sérieux et étayé dans le cadre duquel il est allégué que l'on se trouve en présence d'une insuffisance manifeste de protection d'un droit garanti par la Convention et que le droit de l'Union européenne ne permet pas de remédier à cette insuffisance, elles ne peuvent renoncer à examiner ce grief au seul motif qu'elles appliquent le droit de l'Union* »¹⁷⁹⁸.

355. La question se pose dès lors de savoir si la simple possibilité de contester la décision dans l'État membre d'origine peut être considérée comme un moyen prévu par le droit de l'Union de nature à protéger suffisamment les droits fondamentaux¹⁷⁹⁹. Compte tenu de l'emphase de l'affirmation, en comparaison avec la solution de l'arrêt *Povse*, rien n'est moins sûr¹⁸⁰⁰. L'affrontement entre les deux logiques européennes devient dès lors probable.

356. Conclusion de la Section. – L'appréhension par les institutions européennes de la coopération judiciaire en matière civile à l'aune de la seule libre circulation des personnes réduit l'acception de la justice aux droits qui garantissent l'exercice sans contrainte de cette liberté. L'ensemble des mesures adoptées tendent dès lors à la poursuite efficace d'une « libre circulation » des décisions perçue comme la concrétisation de l'accès à la justice du citoyen libre circulant. Une telle conception conduit pourtant à un affaiblissement d'ampleur de la protection de ses droits fondamentaux, sans qu'aucune mesure liée à son encadrement, de nature à construire la confiance mutuelle entre les États membres, ait été adoptée. La pérennité d'une pareille évolution paraît cependant fragile, tant elle semble contraire à la fois à la mission

¹⁷⁹⁸ *Ibid.*, point 116. C'est nous qui soulignons.

¹⁷⁹⁹ La Cour sème le trouble à cet égard : « La Cour considère que ne peut être reconnue comme compatible avec les exigences de l'article 6 § 1 de la Convention une décision d'exécution d'un jugement étranger prise sans qu'aucune possibilité *de dénoncer utilement* le caractère inéquitable de la procédure ayant abouti à ce jugement n'ait été offerte à la partie succombante, *dans l'État d'origine* ou dans l'État requis » (CEDH, Gr. ch., 23 mai 2016, *Avotins*, précité, point 98). C'est nous qui soulignons.

¹⁸⁰⁰ En ce sens, voir Eva STORSKRUBB, *op. cit.*, pp. 194-195.

première du juge national et oriente vers une confrontation européenne de la protection des droits fondamentaux.

357. Conclusion du Chapitre. – En guise de « pierre angulaire »¹⁸⁰¹, c'est ainsi un fondement fragile que le principe de reconnaissance mutuelle des décisions nous semble offrir à la coopération judiciaire en matière civile. Reposant lui-même sur une confiance mutuelle décrétée plutôt que construite en rapport avec son objet, il se concrétise pourtant par la mise en œuvre de régimes d'effet des jugements qui tendent vers la « libre circulation » des décisions en assouplissant radicalement ou en supprimant toute procédure d'*exequatur* dont la dimension protectrice des droits fondamentaux des parties est fondamentalement méconnue. Cette construction véhicule l'image d'un espace judiciaire européen unifié, au sein duquel la protection des droits des parties est présumée équivalente, sans que les juges nationaux, qui s'accorderaient mutuellement leur confiance, aient la possibilité d'éprouver une telle présomption. Un aperçu d'ensemble, qu'il nous appartient désormais de dresser, des réactions nationales à la volonté européenne d'uniformité en la matière conduit toutefois à remettre en cause la réalité de l'uniformité invoquée et à nuancer celle de la confiance que s'accordent effectivement les États membres dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile.

¹⁸⁰¹ Conseil européen, Conclusions sommet de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, précitées, point 33.

CHAPITRE 2

LES ÉCUEILS PRATIQUES DÉCOULANT DES RÉACTIONS DES ÉTATS MEMBRES

358. L'ensemble de la construction du droit international privé de la famille européen repose sur la volonté de créer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel les personnes peuvent circuler librement. L'édification de l'espace judiciaire européen venant, notamment, au travers de la « libre circulation » des décisions, au soutien de celle des personnes, repose sur la confiance mutuelle, investie de la mission de garantir l'unité du droit européen. Pourtant, les réalisations juridiques de la dernière décennie en matière familiale interpellent nécessairement tant elles conduisent, sans commune mesure avec la matière civile et commerciale, à remettre profondément en cause l'unité de l'espace judiciaire européen en poussant très loin la logique de fragmentation en vigueur dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice¹⁸⁰².

359. Plan. – À cet égard, le constat n'est plus à faire de la complexité accrue du droit international privé européen¹⁸⁰³, en particulier en droit de la famille, qui s'est manifestée dans un premier temps par un morcellement substantiel de la matière¹⁸⁰⁴. Mais le phénomène s'accroît. Émergent désormais, d'une part, des concessions faites à la protection des législations nationales par le législateur européen au détriment de l'unité du droit européen qui se traduisent par un morcellement géographique pris en charge par les textes mêmes. L'espace judiciaire européen en matière familiale devient dès lors, après l'espace de liberté, de sécurité et de justice et en fonction de la question, un espace à « géographie variable »¹⁸⁰⁵ (SECTION 1). D'autre part, il est dorénavant possible de constater, lors de l'exercice par les États membres de compétences partagées ou réservées, si ce n'est leur défiance, du moins leur rejet de la conception absolue de la confiance mutuelle. Ce dernier conduit à une rupture assumée par les cours constitutionnelles nationales de l'unité du droit de l'Union sur le fondement de la préservation de leur identité nationale (SECTION 2).

¹⁸⁰² Voir sur ce point Sébastien ADALID, Antal BERKES, Mathieu COMBET, *et al.*, « L'Espace de liberté sécurité justice : un droit à géométrie variable ? », *RTD eur.*, 2012, pp. 828-838, spéc. p. 829 : « L'évolution de l'ELSJ, particulièrement visible et significative d'un point de vue géographique, marque la fin d'un idéal, si tant est qu'il ait existé. Celui de l'Europe unique et de la méthode communautaire chère aux pères fondateurs. Il fallut au contraire plier devant une réalité froide. Celle imputable à une démarche réaliste reconnaissant que les particularités, la sensibilité des questions abordées, et la nature même de cet espace, imposaient de fonctionner différemment. La fragmentation s'impose alors comme LA méthode de l'ELSJ. Celle conduisant à la géographie variable qui le caractérise désormais ». Ce sont les auteurs qui soulignent.

¹⁸⁰³ Voir par exemple, Katharina BOELE-WOELKI, « For better or for worse : the Europeanization of international divorce law », *YPIL*, vol. 12, 2010, pp. 1-26, spéc. p. 5 ; Sabine CORNELOUP, « Commentaire de l'article premier du règlement "Rome III" », in *Droit européen du divorce*, Sabine Corneloup (dir.), LexisNexis, 2013, pp. 493-515, spéc. n° 5, p. 495 ; Alain DEVERS, « L'articulation du règlement Bruxelles II bis et des autres règlements communautaires », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Hugues Fulchiron, Cyril Nourissat (dir.), Dalloz, 2005, pp. 123-136, spéc. pp. 123-124.

¹⁸⁰⁴ Sur le morcellement substantiel de la matière et les mécanismes destinés à le résorber, voir *supra*, n°s 187-208.

¹⁸⁰⁵ Sébastien ADALID, Antal BERKES, Mathieu COMBET, *et al.*, *op. cit. loc. cit.*

SECTION 1 : LES RÉACTIONS INTÉGRÉES : L'UNITÉ CONTREDITE PAR UNE CONSTRUCTION DIFFÉRENCIÉE

360. Plan. – La construction de l'espace judiciaire civil, si elle pousse la logique à son paroxysme, s'opère dans le cadre de la construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice lui-même morcelé géographiquement en fonction du domaine en cause. Il peut donc paraître anodin¹⁸⁰⁶ que, *ratione loci*, elle recoure aux mêmes méthodes et qu'elle soit affectée des mêmes limites dans le cadre de l'*adoption* des règlements de droit international privé de la famille (I). Mais ces textes ainsi limités contiennent, ce qui est plus étonnant, des dispositions qui permettent aux États, dans le cadre de leur *application*, de se mettre *ponctuellement* en retrait, en fonction de la configuration du litige. Le morcellement géographique initial n'est donc pas le gage d'une unité substantielle dans le cadre ainsi déterminé (II).

I. Le morcellement organisé dans le cadre de l'adoption des textes

361. Plan. – L'espace judiciaire civil en matière familiale est inéluctablement affecté par les dérogations permanentes consenties en faveur de certains États membres de l'Union et portant sur l'ensemble de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (A). Mais sa fragmentation géographique résulte principalement d'une méthode qui, si elle ne lui est pas non plus propre, est mise en œuvre de manière quasiment systématique dans ce domaine depuis une décennie : la coopération renforcée (B).

A. Un morcellement géographique général de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : les clauses d'*opt-out* avec ou sans possibilité d'*opt-in*

362. Clauses d'*opt out* résultant du traité d'Amsterdam. – Les stipulations conventionnelles relatives à la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice s'accompagnent depuis le traité d'Amsterdam de clauses d'*opt-out* permettant à certains États déterminés d'en être affranchis, quel que soit le domaine concerné.

La première, la plus absolue, concerne le Danemark. Le Protocole n° 22 annexé au traité d'Amsterdam sur la position du Danemark¹⁸⁰⁷ prévoit que ce pays ne participe à aucun des textes qui relèvent de la troisième partie, titre V TFUE concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Cela exclut, par conséquent, son représentant de la comptabilité de

¹⁸⁰⁶ Sur ces questions, voir Carole BILLET, « Cohérence et différenciation(s) dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », *RMCE*, 2008, pp. 680-684.

¹⁸⁰⁷ JOCE, n° C 326/299, 26 octobre 2012 (version consolidée à la suite de l'adoption du traité de Lisbonne).

l'unanimité des voix au Conseil le cas échéant¹⁸⁰⁸. Il s'agit d'une clause d'*opt-out* sans possibilité d'*opt-in* : le Danemark ne peut choisir ponctuellement de participer à un texte dans aucun domaine relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et notamment en matière de coopération judiciaire civile. Il est dès lors impossible d'en tirer une quelconque conclusion *spécifique* en termes de confiance mutuelle en matière familiale : la clause d'*opt-out* n'y est pas réduite et ce régime dérogatoire ne peut être assoupli par une quelconque mesure de rapprochement des droits des États membres. Une telle clause permet seulement de mesurer la portée de l'engagement pris par les autres États membres et sa sensibilité.

La seconde clause d'exemption est plus révélatrice de ce point de vue étant donné qu'elle consiste en un *opt-out* avec possibilité d'*opt-in*. Ce régime dérogatoire est celui qui a été accordé par le Protocole n° 21 annexé au traité d'Amsterdam sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice¹⁸⁰⁹. Par principe, les États concernés¹⁸¹⁰ sont exclus de l'application des textes adoptés dans le domaine visé¹⁸¹¹. Ils disposent néanmoins d'une faculté d'accepter l'application d'un texte déterminé, soit au moment où il est présenté au Conseil¹⁸¹², soit à tout moment après son adoption¹⁸¹³. Il devient donc possible d'analyser l'attitude de ces États quant à l'adoption de textes particuliers relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Mieux, l'étude est d'autant plus intéressante qu'elle révèle deux particularités. D'une part, la matière familiale cristallise, bien qu'elle ne l'épuise pas, le refus de participation de ces États aux règlements adoptés. Ainsi, en matière civile et commerciale, l'Irlande a notifié son souhait de participer à l'adoption des règlements « Bruxelles I », « Rome I »¹⁸¹⁴, « Rome II »¹⁸¹⁵, « TEE », « IPE », « Petits litiges » et « Bruxelles I bis ». Il en va de même pour le Royaume-Uni, à l'exception du règlement « Rome I », auquel il ne participe pas. En matière familiale en revanche, ces États ne sont liés

¹⁸⁰⁸ Article 1 § 1 du Protocole n° 22.

¹⁸⁰⁹ JOCE, n° C 326/295, 26 octobre 2012 (version consolidée à la suite de l'adoption du traité de Lisbonne).

¹⁸¹⁰ Le cas du Royaume-Uni reste pertinent malgré son retrait de l'Union européenne depuis le 31 janvier 2020 (article 1 § 1 de la décision (UE) 2019/1810 du Conseil européen prise en accord avec le Royaume-Uni du 29 octobre 2019 prorogeant le délai au titre de l'article 50 § 3 du TUE, JOUE, n° L 278 I/1, 30 octobre 2019). En effet, d'une part, l'application précédente des textes au Royaume-Uni et les choix de cet État relatifs à l'*opt-in* conservent tout leur intérêt. D'autre part, l'accord de retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne (Accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, JOUE, n° L 29/7, 31 janvier 2020), qui entre en vigueur le 1^{er} février 2020 (article 185 § 1, *littera* a de l'Accord de retrait précité et article 1 de la décision (UE) 2019/1810 précitée), prévoit une période de transition jusqu'au 31 décembre 2020 (article 126 de l'Accord de retrait précité) pendant laquelle le droit de l'Union reste applicable au Royaume-Uni (article 127 § 1 de l'Accord précité).

¹⁸¹¹ Article 1 § 1 du Protocole n° 21.

¹⁸¹² Article 3 § 1, al. 1 du Protocole n° 21.

¹⁸¹³ Article 4 du Protocole n° 21.

¹⁸¹⁴ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », JOUE, n° L 177/6, 4 juillet 2008.

¹⁸¹⁵ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit « Rome II », JOUE, n° L 199/40, 31 juillet 2007.

que par les règlements « Bruxelles II *bis* » — comme ils l'étaient auparavant par le règlement « Bruxelles II » et comme le sera l'Irlande par le règlement « Bruxelles II *ter* »¹⁸¹⁶ —, « Aliments » — dès l'origine s'agissant de l'Irlande, et postérieurement à l'adoption du texte et à l'exclusion du protocole de La Haye s'agissant du Royaume-Uni¹⁸¹⁷. D'autre part, la manifestation, en dehors de ces cas ponctuels, du refus de participation du Royaume-Uni et de l'Irlande correspond au début du mouvement de libéralisation de l'*exequatur* en matière familiale¹⁸¹⁸.

363. Causes du refus d'*opt-in* du Royaume-Uni et de l'Irlande. – Le constat ne surprend guère. Une coloration civiliste a été donnée à l'espace judiciaire civil européen, dont le caractère inadapté aux traditions de *common law* a déjà été souligné en matière civile et commerciale¹⁸¹⁹. En matière familiale, elle semble non seulement trancher un peu plus avec ces traditions elles-mêmes, mais aussi par conséquent, du fait du caractère systémique du droit et de sa fonction d'organisation sociale, représenter un facteur important de perturbation de la structure sociale des États concernés. La justification du refus d'*opt-in* du Royaume-Uni et de l'Irlande concernant les règlements « Rome III » et « Successions » suffit à le démontrer.

Il a ainsi été relevé que le refus du Royaume-Uni de participer au règlement « Rome III » sur la loi applicable au divorce s'explique par la réticence de cet État à renoncer au bénéfice tiré de la combinaison antérieure de sa réglementation conflictuelle et de sa réglementation substantielle. En effet, traditionnellement au Royaume-Uni, la loi du for s'applique en matière de divorce ; le juge anglais saisi d'une question s'y rapportant applique donc la loi anglaise, qui prévoit un régime favorable à l'époux vulnérable. Or, ce régime favorable, combiné à une « saisine tactique »¹⁸²⁰ reposant sur l'articulation entre la règle de compétences alternatives de l'article 3 du règlement « Bruxelles II *bis* », le critère chronologique de la règle de litispendance

¹⁸¹⁶ Le considérant 95 du règlement « Bruxelles II *ter* » indique que le Royaume-Uni et l'Irlande « ont notifié leur souhait de participer à l'adoption et à l'application du présent règlement ». Néanmoins, celui-ci est applicable à partir du 1^{er} août 2022 (article 105 § 2 du règlement « Bruxelles II *ter* »), soit ultérieurement au 31 décembre 2020, date de fin de la période de transition après laquelle le droit de l'Union ne s'appliquera plus au Royaume-Uni en vertu de l'accord de retrait (voir *supra*, note 1810). D'après ces textes, le règlement « Bruxelles II *ter* » ne s'appliquera donc pas au Royaume-Uni.

¹⁸¹⁷ Décision de la Commission du 8 juin 2009 sur l'intention du Royaume-Uni d'accepter le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JOUE, n° L 149/73, 12 juin 2009.

¹⁸¹⁸ Sur ces constats, voir Aude FIORINI, « Bruxelles sans Rome : la réticence du Royaume-Uni face à l'harmonisation du droit européen du divorce », in *Droit européen du divorce*, *op. cit.*, pp. 701-728, spéc. n° 3, p. 703.

¹⁸¹⁹ Voir en particulier au sujet de la confrontation du droit européen au *forum non conveniens* et aux *anti-suit injunctions*, respectivement : CJCE, Gr. ch., 1^{er} mars 2005, *Owusu*, aff. C-281/02, *Rec.*, 2005, p. I-1383 ; *RCDIP*, 2005, p. 698, note C. CHALAS ; *D.*, 2006, pan., p. 1259, obs. C. NOURISSAT ; *Ibid.*, pan., p. 1495, obs. F. JAULT-SESEKE ; *JDI*, 2005, p. 1177, note G. CUNIBERTI, M. WINCKLER ; *Europe*, mai 2005, comm. 189, obs. L. IDOT ; *Gaz. Pal.*, 2005, n° 148, note M.-L. NIBOYET ; CJCE, Ass. plén., 27 avril 2004, *Turner c. Grovit*, aff. C-159/02, *Rec.*, 2004, p. I-3565 ; *D.*, 2004, p. 1919, note R. CARRIER ; *RCDIP*, 2004 p. 654, note H. MUIR WATT ; *RTD civ.*, 2004, p. 549, obs. P. THÉRY ; *RTD com.*, p. 637, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST.

¹⁸²⁰ Aude FIORINI, *op. cit.*, n° 27, p. 721.

de l'article 19 et l'extension, en vertu du droit britannique, de la compétence du juge du divorce aux conséquences patrimoniales de ce dernier¹⁸²¹, a conduit à faire de Londres une « "capitale mondiale du divorce" pour les très grosses fortunes »¹⁸²². La participation au règlement « Rome III » emportait, pour le juge anglais, le risque d'être contraint d'abandonner l'application de sa loi, du fait d'un choix exprimé par les parties qui se porterait sur une loi étrangère en application de l'article 5 de ce texte ou de l'application objective d'une loi autre sur le fondement de l'article 8. Dans ces conditions, cette éventualité a été perçue par le Royaume-Uni comme un inconvénient sérieux rendant le règlement inadapté à la conception de la réglementation anglaise du divorce¹⁸²³.

En matière successorale, l'une des principales difficultés est venue de la portée de la loi applicable. Telle que prévue par le règlement, celle-ci concerne notamment « la quotité disponible, les réserves héréditaires et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort ainsi que les droits que les personnes proches du défunt peuvent faire valoir à l'égard de la succession ou des héritiers » de même que « le rapport et la réduction des libéralités lors du calcul des parts des différents bénéficiaires »¹⁸²⁴. Or, si, comme le remarque Paul Lagarde, cette solution n'a rien d'original dans la tradition continentale, elle explique le refus d'*opt-in* du Royaume-Uni et de l'Irlande. En effet, « [c]es deux États auraient souhaité que la succession objet du règlement comprenne uniquement les biens existant dans le patrimoine du défunt au jour de son décès. Ces États de *common law*, qui ne connaissent pas la réserve, voulaient éviter que la loi successorale, supposée étrangère, ne permette à des héritiers, réservataires selon ladite loi, d'agir en réduction des libéralités portant sur des biens situés sur leur territoire. Ce risque de *clan back* est particulièrement redouté des *charities*, qui tirent l'essentiel de leurs ressources de libéralités consenties par de généreux mécènes et non, comme dans divers États du continent européen, de subventions publiques »¹⁸²⁵. Cet exemple illustre très nettement que la coopération judiciaire en matière familiale affecte des questions plus larges ou plus lointaines qui ne sont pas prises en charge par les textes adoptés. La question de la pertinence de l'adoption d'un texte ou de la participation d'un État à ce texte ne peut être jaugée à la seule lumière de la volonté de cet État de poursuivre l'intégration dans une matière donnée. Ainsi, alors même que le Royaume-Uni et l'Irlande ont activement participé aux négociations du texte et que certains

¹⁸²¹ *Ibid.*

¹⁸²² *Ibid.*

¹⁸²³ Voir, sur une justification similaire des Pays-Bas pour ne pas participer au règlement « Rome III », Katharina BOELE-WOELKI, *op. cit.*, pp. 26-27.

¹⁸²⁴ Article 23 § 2, *litterae h et i* du règlement « Successions ».

¹⁸²⁵ Paul LAGARDE, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *RCDIP*, 2012, pp. 691-732, spéc. n° 19, p. 709.

arbitrages ont été opérés afin de ménager la vision défendue par ces États¹⁸²⁶, ceux-ci n'y ont finalement pas participé. Lorsque la coopération judiciaire se traduit par une uniformisation radicale des règles tandis qu'elle porte sur des domaines restreints, le risque croît de creuser le fossé qui sépare des États de traditions différentes, et donc de maintenir un morcellement géographique de l'espace judiciaire. C'est sans doute ce fossé qui explique à nouveau le refus d'*opt-in* de l'Irlande s'agissant du règlement « Régimes matrimoniaux ». Des difficultés sont nées de l'objet même du règlement, étant donné que dans ce pays, le mariage n'emporte en principe aucune conséquence sur le patrimoine des époux. Il en est largement de même en Angleterre comme au Pays de Galles, mais aussi en Écosse, à quelques exceptions près concernant l'occupation du domicile conjugal ou l'acquisition de biens en vue ou pendant le mariage ; en tout état de cause, quel qu'en ait été le contenu, la participation du Royaume-Uni à ce règlement, comme au texte relatif aux « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » aurait donné lieu à une situation kafkaïenne dans un contexte de préparation du *Brexit*¹⁸²⁷.

364. L'amplification de cet écart entre le Danemark, le Royaume-Uni et l'Irlande, d'une part, et les autres États membres, d'autre part, semble certes inévitable, du fait de la volonté des premiers de se voir appliquer par principe un régime dérogatoire. Ces États ne sont donc pas ou qu'exceptionnellement soumis au droit de l'intégration en matière de coopération judiciaire civile et aux principes qui la régissent. Mais compte-tenu des récentes évolutions en matière familiale, il convient de se demander si dans ce domaine, la dérogation n'est pas devenue la règle. En cas de réponse affirmative, cette évolution ne manquera pas de relativiser les arguments relatifs à l'unité du droit de l'Union et à la confiance mutuelle entre les États membres sur lesquels repose aujourd'hui la construction de l'espace judiciaire civil.

B. Le développement de la coopération renforcée en matière familiale

365. Conditions de la coopération renforcée. – La coopération renforcée est un mode d'« intégration différenciée »¹⁸²⁸ voué à permettre à un petit groupe d'États membres — au

¹⁸²⁶ Sur ce point et le risque posé en termes de cohérence du texte lui-même, voir Sara GODECHOT-PATRIS, « Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfactions et craintes », *D.*, 2012, n° 37, pp. 2462-2469.

¹⁸²⁷ La notification, le 5 octobre 2016, soit après le référendum sur l'appartenance du Royaume-Uni à l'Union européenne qui s'est tenu le 23 juin précédent, de l'intention du Royaume-Uni de participer à l'adoption et à l'application de la proposition de règlement « Bruxelles II *ter* » paraît, à cet égard, étonnante. Voir, à cet égard, Représentant permanent du Royaume-Uni auprès de l'Union européenne, Notification au Conseil Justice et Affaires intérieures de la participation du Royaume-Uni à la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte), 5 octobre 2016, [en ligne], consulté le 25 octobre 2019. URL : <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12821-2016-INIT/en/pdf>.

¹⁸²⁸ Sur cette notion, voir Hervé BRIBOSIA, *Les coopérations renforcées : quel modèle d'intégration différenciée pour l'Union européenne. Analyse comparative du mécanisme général de la coopération renforcée, du projet de coopération structurée permanente en matière de défense, et de la pratique d'autres coopérations renforcées « prédéterminées » en matière sociale, au sein de l'Espace de liberté, sécurité et justice, et dans l'Union économique et monétaire*, th. dactyl., Florence, Institut universitaire européen, 2007, 606 p. ; Vlad

moins neuf aujourd'hui¹⁸²⁹ — de *coopérer*, c'est-à-dire d'« agir ensemble »¹⁸³⁰, dans un domaine relevant des compétences partagées, pour la réalisation d'objectifs de l'Union européenne en cas de blocage, au niveau du Conseil, d'une proposition de règlement ne recueillant pas le quota de voix requises — l'unanimité en matière familiale. Imaginée par le traité d'Amsterdam et perpétuée, quoique modifiée et assouplie¹⁸³¹, par les traités de Nice puis de Lisbonne¹⁸³², la procédure de coopération renforcée vise notamment « à renforcer [le] processus d'intégration »¹⁸³³ de l'Union européenne. En effet, si la coopération renforcée suppose, par essence, une action entre un nombre restreint d'États membres et donc une exclusion initiale des États membres non participants du champ de la coopération, elle procède d'une démarche qui se veut à la fois « pragmatique » et « inclusive »¹⁸³⁴. Elle doit donc, d'une part, selon les termes de l'article 20 § 2 TUE, n'intervenir qu'« *en dernier ressort*, lorsqu[e] le Conseil] établit que les objectifs recherchés par cette coopération ne peuvent pas être atteints *dans un délai raisonnable* par l'Union dans son ensemble »¹⁸³⁵, quelles que soient les raisons empêchant les États membres de parvenir à un consensus¹⁸³⁶. Elle doit, d'autre part, non seulement être « ouvert[e] à tous les États membres » au moment de son instauration¹⁸³⁷, mais également pouvoir être rejointe « à tout autre moment »¹⁸³⁸ par tout État membre souhaitant y participer alors qu'elle est en cours¹⁸³⁹. De sorte que « la rupture en termes d'uniformité et d'unité, dans l'ordre juridique de l'Union, [est destinée à n'être] que temporaire »¹⁸⁴⁰ : coopération renforcée et intégration ne sauraient dès lors être opposées. À partir de ce postulat, certains auteurs délaissent la perspective surplombante de l'Union européenne à partir de

CONSTANTINESCO, « Les coopérations renforcées, dix ans après : une fausse bonne idée ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 117-130 ; Vlad CONSTANTINESCO, Valérie MICHEL, V^o « Compétences de l'Union européenne », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, juin 2011, spéc. n^{os} 194-205 ; Bruno DE WITTE, Dominik HANF, Ellen VOS (dir.), *The many faces of differentiation in EU law*, Anvers, Intersentia, 2001, xiii-390 p. ; Christine GUILLARD, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, xvi-619 p. ; Clelia LACCHI, « Développements récents sur les coopérations renforcées : le difficile équilibre à assurer entre flexibilité et préservation des objectifs de l'Union », *RAE*, 2013, n^o 4, pp. 785-801 ; Sébastien MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, xxii-878 p., spéc. n^{os} 480-483, pp. 601-605 et n^{os} 533-536, pp. 669-673. Voir également Parlement européen, Résolution du 17 janvier 2019 sur l'intégration différenciée, 2018/2093(INI).

¹⁸²⁹ Article 20 § 2 TUE.

¹⁸³⁰ Vincent HEUZÉ, « Construction européenne, État de droit et droit international privé », in *Construction européenne et État de droit*, Vincent Heuzé, Jérôme Huet (dir.), Éditions Panthéon-Assas, 2012, pp. 123-134, spéc. p. 127.

¹⁸³¹ Sur la genèse de cette procédure et les coopérations renforcées « avant la lettre », voir Vlad CONSTANTINESCO, « Les coopérations renforcées, dix ans après : une fausse bonne idée ? », *op. cit.*

¹⁸³² Articles 20 TUE et 326 et suivants TFUE.

¹⁸³³ Article 20 § 1, al. 2 TUE.

¹⁸³⁴ Parlement européen, Résolution du 17 janvier 2019 sur l'intégration différenciée, précitée, point F.

¹⁸³⁵ C'est nous qui soulignons.

¹⁸³⁶ Sur la diversité des causes, voir Sabine CORNELOUP, « Règlement Rome III. Article premier », *op. cit.*, n^o 6, p. 496.

¹⁸³⁷ Article 328 § 1, al. 1 TFUE.

¹⁸³⁸ *Ibid.*

¹⁸³⁹ Article 331 TFUE.

¹⁸⁴⁰ Clelia LACCHI, *op. cit.*, p. 790.

laquelle une rupture est constatée pour envisager le point de vue des États. Ils font alors valoir qu'en droit international privé de la famille, « la fragmentation préexist[ant] à la coopération »¹⁸⁴¹, la coopération renforcée doit être perçue comme un instrument « pavant le chemin au droit de l'Union »¹⁸⁴² unifié. Il est toutefois permis de questionner la légitimité du recours à ce procédé pour parvenir à l'uniformisation des règles de conflit. « [C]oopérer, c'est [en effet] mener une action commune, grâce à une *association des moyens* permettant sa réalisation ou grâce à une *collaboration des services* qui en sont chargés dans les différents pays participants »¹⁸⁴³. Il nous paraît dès lors discutable de considérer que l'adoption de textes de droit international privé par les représentants des États membres participants au sein du Conseil, excluant toute intervention des parlements nationaux, constitue une *coopération renforcée* au sens des traités¹⁸⁴⁴.

366. L'illusion de l'uniformisation conflictuelle en matière familiale. – Par ailleurs, le choix de cette voie en matière familiale ne s'imposait pas d'évidence compte tenu de l'investissement tardif du droit de l'Union dans ce domaine et de l'unanimité requise par la procédure législative spéciale qui lui est applicable conformément à l'article 81 § 3, al. 1 TFUE¹⁸⁴⁵. Il interroge d'autant plus qu'il est devenu systématique et fait craindre une certaine immobilité à moyen terme des groupes constitués de la sorte. Ainsi, postérieurement au règlement « Aliments », le salut du droit international privé de la famille de l'Union européenne vient principalement du recours à la coopération renforcée. Des règlements adoptés en la matière au cours de la période récente, seuls les règlements « Successions » et « Bruxelles II *ter* » font exception à ce schéma. Mais tandis que celui-ci constitue une refonte du règlement « Bruxelles II *bis* », l'adoption de celui-là a également nécessité pour la Commission l'emprunt d'un chemin de traverse par rapport à la procédure spécialement prévue en matière familiale, afin de vaincre les résistances opposées par certains États. C'est en effet à la procédure de codécision, procédure ordinaire, qu'elle a eu recours, considérant qu'« [i]l

¹⁸⁴¹ Sébastien ADALID, Antal BERKES, Mathieu COMBET, *et al.*, *op. cit.*, p. 833.

¹⁸⁴² Vlad CONSTANTINESCO, *op. cit.*, p. 129. Dans le même sens, affirmant que, dans un tel contexte de fragmentation, la coopération renforcée « permet d'engendrer la construction de l'espace civil », Sébastien ADALID, Antal BERKES, Mathieu COMBET, *et al.*, *op. cit.*, *loc. cit.* Voir également Vincent ÉGÉA, « Chronique Espace judiciaire européen en matière civile. Règlements "documents publics", "régimes matrimoniaux" et "partenariats enregistrés" : les différentes voies d'affermissement de l'espace judiciaire civil européen », *RTD eur.*, 2016, pp. 808-812, spéc. n° 1, pp. 808-809.

¹⁸⁴³ Vincent HEUZÉ, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁸⁴⁴ En ce sens, y percevant une violation des « principes supérieurs de l'État de droit », Vincent HEUZÉ, *op. cit.*, p. 128.

¹⁸⁴⁵ Voir sur ce point l'opinion personnelle de l'ancien premier conseiller à la représentation permanente du Luxembourg auprès de l'Union européenne, Jim CLOOS, « Les coopérations renforcées », *RMCUE*, 2000, n° 441, pp. 512-515, spéc. p. 514 : « Si le traité prévoit l'unanimité sur tel ou tel sujet, il paraît peu correct d'essayer de la contourner par une coopération renforcée ponctuelle qui se transformerait en artifice de procédure ». Voir également, sur le regret du choix de cette voie exprimé par les délégations finlandaise et slovaque dans le cadre des discussions ayant précédé l'adoption du règlement « Rome III », Katharina BOELE-WOELKI, *op. cit.*, p. 27.

existe une autonomie suffisante entre [droit des successions et droit de la famille] pour que ces matières puissent être traitées séparément l'une de l'autre »¹⁸⁴⁶. Diversement apprécié en doctrine¹⁸⁴⁷, ce « coup de force »¹⁸⁴⁸ est révélateur, au même titre que le laborieux processus d'adoption des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Partenariats enregistrés »¹⁸⁴⁹, de l'impossibilité, dont l'Union européenne semble désormais avoir pris acte, de progresser unie dans la voie de l'uniformisation des règles conflictuelles en matière familiale. Ce n'est pas tant la question, qui relève principalement de considérations politiques, de l'opportunité de progresser sur cette voie en matière familiale qui retient ici notre attention. C'est bien plutôt celle des conséquences du changement d'approche des États membres, qui se laisse constater au niveau du Conseil, relatif aux postulats à partir desquels la coopération judiciaire se construit en matière familiale, qui nous semble devoir être prise en compte.

La réflexion tient au degré de différenciation de l'intégration en matière familiale qui ne se perçoit pas de la même manière en fonction de l'objet analysé. Si l'étude porte sur chaque texte adopté en suivant la procédure de coopération renforcée pris isolément, l'espace judiciaire civil se divise en deux ensembles : celui des États membres participants et celui des États membres non-participants. Cette scission peut donner l'illusion d'une « Europe à deux vitesses », au sein de laquelle un groupe d'États poursuivrait l'intégration telle qu'initée en matière familiale par le règlement « Bruxelles II », et un autre se tiendrait, au moins temporairement, en retrait. Mais cela reviendrait à se priver d'une vision d'ensemble des formes que revêt aujourd'hui l'espace judiciaire civil en matière familiale. La scission entre ces deux groupes ne s'opère en effet pas au même endroit selon le texte : l'espace judiciaire civil tel que dessiné par le règlement « Rome III », d'une part, ou par les règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », d'autre part, ne revêt pas les mêmes contours. Si les États membres qui participent à ces deux derniers textes sont

¹⁸⁴⁶ Commission des Communautés européennes, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, 14 octobre 2009, COM(2009)154 final, point 3.1, p. 3.

¹⁸⁴⁷ Voir, considérant que la Commission a « à bon droit justifié le recours à la procédure ordinaire par l'autonomie du droit des successions », Paul LAGARDE, V^o « Règlement n° 650/2012 sur les successions », *Répertoire de droit international*, Dalloz, septembre 2014, n° 4 ; *contra*, Bernard AUDIT, Louis D'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 2018, 1213 p., spéc. n° 1146, pp. 953-954 ; Vincent ÉGÉA, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁸⁴⁸ Vincent ÉGÉA, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁸⁴⁹ Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE, « Le patrimoine des couples internationaux dans l'espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *JDI*, 2017, n° 2, doctr. 6, pp. 485-514, spéc. n° 1, pp. 486-487 ; Vincent ÉGÉA, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Cyril NOURISSAT, « Les règlements européens en matière patrimoniale. Propos conclusifs », *Droit de la famille*, mai 2017, n° 5, Dossier Les règlements européens en matière patrimoniale, étude n° 36, pp. 44-47, spéc. n° 7, p. 45 ; Patrick WAUTELET, « Régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux des partenariats enregistrés en Europe. Propos introductifs », *Droit de la famille*, mai 2017, n° 5, Dossier Les règlements européens en matière patrimoniale, étude n° 28, pp. 10-11, spéc. n° 2-5, p. 10.

ainsi identiques¹⁸⁵⁰, l'ensemble formé ne correspond pas à celui qui ressort du premier règlement¹⁸⁵¹. Ainsi, si vingt-quatre États membres sont concernés par au moins l'un de ces textes, seuls douze d'entre eux participent aux uns comme à l'autre, dix États membres ne sont concernés que par le règlement « Rome III », ou que par les règlements relatifs aux conséquences patrimoniales d'une relation de couple. Dès lors, les dix-huit États membres participants à ces derniers règlements ne recouvrent pas entièrement les dix-sept qui ont adopté le règlement « Rome III ». Enfin, les États membres bénéficiant d'une dérogation permanente mis à part, un dernier ensemble, que l'on pourrait qualifier, selon une terminologie algébrique, de singleton disjoint, est constitué par la Pologne, seul État qui ne participe à aucun des trois règlements adoptés selon la procédure de coopération renforcée. Les formes que prend l'espace judiciaire européen en matière familiale sont donc multiples ; et le pluriel qui s'impose n'est pas simplement celui de la binarité — qui permettrait d'identifier au niveau de l'espace judiciaire civil en matière familiale les États membres participants et les États membres non-participants — mais bien plutôt celui du polymorphisme — qui oblige à étudier cette distinction texte par texte. Cet enchevêtrement a ainsi pu faire dire à certains auteurs que « [c]es limitations et extensions géographiques en plus des degrés variables de coopération font de l'espace de justice un bric-à-brac de différents régimes et zones géographiques. Il en résulte une complexité croissante qui rend difficiles tant la compréhension théorique que la mise en œuvre pratique de la coopération judiciaire »¹⁸⁵².

367. Causes du rejet des textes d'uniformisation conflictuelle. — La difficulté à rassembler ces ensembles autour des textes adoptés risque d'être d'autant plus grande que les raisons qui ont motivé les États non-participants sont très diverses¹⁸⁵³. Il peut en effet s'agir de contingences pratiques, aisément surmontables. Cela a notamment été le cas de la Grèce, dont la participation au règlement « Rome III » a été initialement compromise par les mesures de réduction des coûts adoptées dans le cadre de la crise financière¹⁸⁵⁴, et qui a finalement rejoint le groupe des États membres participants quelques années plus tard¹⁸⁵⁵. Cela a aussi été le cas,

¹⁸⁵⁰ Participent à ces règlements les États membres suivants : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Croatie, Espagne, Finlande, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal, République tchèque, Slovaquie, Suède.

¹⁸⁵¹ Ont participé à ce règlement dès l'origine les États membres suivants : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Espagne, France, Hongrie, Italie, Lettonie, Luxembourg, Malte, Portugal, Roumanie, Slovaquie. S'y sont ajoutés par la suite, par ordre chronologique, les États suivants : Lituanie, Grèce et Estonie.

¹⁸⁵² Matthias LEHMANN, Eva LEIN, « L'espace de justice à la carte ? La coopération judiciaire en Europe à géométrie variable et à plusieurs vitesses », in *Le droit à l'épreuve des sièges et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, Madrid, LGDJ, Iprolex, 2018, pp. 1093-119, spéc. p. 1094. Voir également en ce sens Patrick WAUTELET, *op. cit.*, n° 7, p. 11.

¹⁸⁵³ Sur ces raisons, voir Katharina BOELE-WOELKI, *op. cit.*, pp. 25-28.

¹⁸⁵⁴ *Op. cit.*, p. 28.

¹⁸⁵⁵ Commission européenne, Décision n° 2014/39/UE du 27 janvier 2014 confirmant la participation de la Grèce à la coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, JOUE,

dans une certaine mesure, de l'Estonie, dont les craintes liées aux implications de ce règlement¹⁸⁵⁶ ont finalement été dépassées¹⁸⁵⁷. Il pourrait en être de même dans un avenir proche de la République tchèque, dont la décision s'explique principalement par une conjoncture politique anti-européenne¹⁸⁵⁸, qui n'a pas semblé valoir pour l'adoption des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » auxquels elle participe. Il semble cependant nécessaire de relativiser les chances qu'ont ces règlements de s'étendre à l'ensemble des États membres à court ou moyen terme. L'état actuel des participations traduit en effet des oppositions tranchées en matière familiale, conflictuelle ou matérielle.

Deux groupes d'États se distinguent à cet égard parmi les États membres non-participants. D'un côté se trouvent les États pour lesquels le règlement considéré entre en rupture avec la tradition conflictuelle. Il s'agit ici d'une partie des États qui appliquent la *lex fori* au divorce et ont refusé de participer au règlement « Rome III ». Une nouvelle distinction peut être faite ici. Ainsi, si le règlement ne s'applique pas à Chypre, c'est, comme au Royaume-Uni et en Irlande, en raison de la règle de *common law* selon laquelle le juge compétent applique son propre droit en matière de divorce¹⁸⁵⁹. Aux Pays-Bas, en revanche, le refus de participation est justifié par le souhait de ne pas remettre en cause la solution consacrée par une révision du Code civil intervenue en 2009. Celle-ci s'est fondée sur l'observation selon laquelle la mise en œuvre jurisprudentielle du principe ancien prônant l'application de la loi nationale commune des époux conduisait, dans la majorité des cas, à l'application de la loi néerlandaise. Renversant ce principe, la réforme de 2009 énonce la primauté de l'application de la loi néerlandaise au titre de la *lex fori*, à laquelle peut désormais faire exception le choix des parties en faveur de leur loi nationale commune¹⁸⁶⁰. La participation au règlement « Rome III », qui viendrait bousculer un équilibre bien établi, n'a donc pas été jugée souhaitable.

D'un autre côté figurent les États qui perçoivent dans les règlements en question un risque d'atteinte grave à un principe fondamental de leur droit matériel, atteinte pouvant se concrétiser par un affaiblissement de la protection garantie à ce droit, ou par une extension contestée du domaine de ce droit. Le premier cas a trouvé une illustration dans le cadre de la procédure

n° L 23/41, 28 janvier 2014. L'article 3 § 1 de la décision précise que le règlement s'y applique à compter du 29 juillet 2015.

¹⁸⁵⁶ Katharina BOELE-WOELKI, *op. cit.*, p. 27.

¹⁸⁵⁷ Commission européenne, Décision (UE) 2016/1366 du 10 août 2016 confirmant la participation de l'Estonie à la coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, JOUE, n° L 216/23, 11 août 2016. L'article 3 § 1 de la décision précise que le règlement s'y applique à compter du 11 février 2018.

¹⁸⁵⁸ Katharina BOELE-WOELKI, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁸⁵⁹ *Op. cit.*, p. 26.

¹⁸⁶⁰ *Op. cit.*, pp. 26-27.

d'adoption du règlement « Rome III » au cours de laquelle la Suède et la Finlande, pays dans lesquels la *lex fori* est applicable en matière matrimoniale, ont pris la tête de la contestation de la règle de conflit proposée par le règlement, au nom de la protection du droit absolu au divorce garanti par leur législation au titre d'un droit fondamental¹⁸⁶¹. Ces États ont considéré que le règlement ne garantissait pas l'exclusion de procédures éventuellement longues et coûteuses qui affecteraient, en tant que telles, le droit au divorce¹⁸⁶². Dans une moindre mesure, le même type de raisonnement a guidé le refus de participer de la Slovaquie qui ne souhaitait pas prendre le risque d'entériner, de manière indirecte, la pratique du divorce pour faute qu'elle rejette¹⁸⁶³. Une seconde sous-catégorie d'États s'écarte de l'intégration européenne en matière familiale sur un sujet dont le caractère litigieux est désormais bien connu, mais qui, parce qu'il demeure en dehors du champ d'application du droit européen, oblige ce dernier à des contorsions juridiques dont la bonne réception dans certains États membres est incertaine : le statut des couples de même sexe. La difficulté a été soulevée et a explicitement motivé le refus de participation de certains États membres au cours des discussions relatives aux trois règlements adoptés par le biais de la coopération renforcée¹⁸⁶⁴. Le relatif isolationnisme polonais en particulier s'explique par un rejet vigoureux de toute possibilité de reconnaître, directement ou indirectement, un statut à une union matrimoniale homosexuelle, qui non seulement constitue une institution inconnue de son ordre juridique, mais contrevient à la définition du mariage comme union entre un homme et une femme qui figure explicitement dans la Constitution du pays¹⁸⁶⁵. La force du refus de participation de cet État se manifeste de manière d'autant plus remarquable que dans tous les cas, il ne s'agit pas de textes qui portent sur l'union elle-même mais sur ses conséquences. Pourtant, il a été relevé, au sujet du règlement « Régimes matrimoniaux », que la fin de non-recevoir opposée s'explique par la crainte d'une interprétation du règlement par la Cour de justice qui conduirait à imposer l'application du règlement aux mariages entre personnes de même sexe¹⁸⁶⁶. C'est le même raisonnement qui a semble-t-il été suivi par la Hongrie s'agissant des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés »¹⁸⁶⁷, alors même que cet État participe

¹⁸⁶¹ *Op. cit.*, p. 26.

¹⁸⁶² *Ibid.*

¹⁸⁶³ *Op. cit.*, p. 27.

¹⁸⁶⁴ Voir, concernant la Pologne, *Ibid.* ; et au sujet du règlement « Régimes matrimoniaux », Paulina TWARDUCH, « Le règlement européen en matière de régimes matrimoniaux de la perspective du droit polonais », *RCDIP*, 2016, pp. 465-514.

¹⁸⁶⁵ Article 18 de la Constitution polonaise du 2 avril 1997 : « La République de Pologne sauvegarde et protège le mariage en tant qu'union de la femme et de l'homme, la famille, la maternité et la qualité de parents ».

¹⁸⁶⁶ Paulina TWARDUCH, *op. cit.*, p. 466.

¹⁸⁶⁷ Sur ce point, voir Assemblée nationale, Commission des affaires européennes, Communication de M. Arnaud Leroy sur les règlements relatifs à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, 4 mai 2016, p. 6, [en ligne], consulté le 13 juin 2019. URL : <http://www2.assemblee->

depuis l'origine au règlement « Rome III ». Dans ce dernier cas, les représentants de l'État hongrois se sont accommodés d'un aménagement prévu par le texte, dont la réitération dans les règlements les plus récents n'a manifestement et étonnamment¹⁸⁶⁸ pas suffi à convaincre.

368. Finalement, deux enseignements intermédiaires peuvent être tirés de l'étude des motifs variés de refus de participer aux règlements adoptés dans le cadre d'une coopération renforcée en matière familiale. Bien qu'une telle procédure reste ouverte à la participation future de nouveaux États membres, un premier point conduit à relever avec Matthias Lehmann et Eva Lein que « les actes établis par voie de coopération renforcée entérinent des divergences profondes, par exemple entre les pays de l'Est et de l'Ouest de l'Union »¹⁸⁶⁹, mais aussi entre les traditions civilistes et de *common law*. « Par conséquent, constatent les auteurs, même entre les pays participant sans réserve à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, les fossés se creusent »¹⁸⁷⁰, ce qui est particulièrement saillant en matière matrimoniale entre les États scandinaves et une partie des États de l'Est de l'Europe. C'est pourquoi nous souscrivons à la conclusion de Patrick Wautelet selon laquelle « [l]e réalisme impose de considérer qu'il est peu probable que d'autres États membres se joignent en cours de route à ce projet européen »¹⁸⁷¹. L'admettre constituerait sans doute un progrès du point de vue de la cohérence des textes adoptés, ce qui conduit au second point. La procédure de coopération renforcée telle qu'elle est actuellement menée en matière familiale pose des difficultés inédites au regard de la cohérence des conceptions matérielles véhiculées par ces textes. En effet, dans un premier temps, les États qui, à l'issue des discussions, refusent de participer à un texte donné contribuent souvent activement aux discussions pour tenter d'imposer leurs vues ou d'infléchir celles des autres États à un niveau qui leur paraîtrait acceptable. Certaines propositions sont rejetées¹⁸⁷², mais d'autres sont intégrées à la proposition soumise au vote ; la volonté de laisser ouverte la porte de la participation à ces États récalcitrants dans un futur plus ou moins proche et plus ou moins certain, conduit à finalement adopter tels quels ces textes, sans la participation des États ayant motivé l'introduction de ces dispositions de compromis. La recherche d'un *modus vivendi* n'est certes pas propre au mécanisme de coopération renforcée, mais est inhérente à toute modalité

naionale.fr/content/download/43159/407507/version/2/file/communication+régimes+matrimoniaux+4_05_2016.pdf ; Paulina TWARDUCH, *op. cit.*, p. 465.

¹⁸⁶⁸ Voir à cet égard la réaction de Félix Braz, ministre luxembourgeois de la Justice, faisant part du fait que « [l]es positions polonaises et hongroises ont [...] suscité une certaine incompréhension et une grande déception de la part de [ses] collègues » : Conseil Justice et Affaires intérieures, Conférence de presse du 3 décembre 2015, [vidéo en ligne], consulté le 13 juin 2019. URL : <https://video.consilium.europa.eu/en/webcast/7b4765bc-a67d-4cac-8fc2-a40a4e41e076>.

¹⁸⁶⁹ Matthias LEHMANN, Eva LEIN, *op. cit.*, p. 1101.

¹⁸⁷⁰ *Op. cit.*, pp. 1100-1101.

¹⁸⁷¹ Patrick WAUTELET, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁸⁷² Voir par exemple en matière de régimes matrimoniaux, Assemblée nationale, Commission des affaires européennes, Communication de M. Arnaud Leroy précitée, *loc. cit.* ; Paulina TWARDUCH, *op. cit.*, *loc. cit.*

de coopération internationale et en explique la difficulté. Au-delà de l'incohérence substantielle qu'elle suscite, elle aggrave, dans le cas qui nous occupe, le morcellement géographique de l'espace judiciaire civil européen en matière familiale, de manière d'autant moins acceptable que la manifestation de ce morcellement repose en grande partie sur des considérations arbitraires.

369. Conclusion du paragraphe. – Transition. – Alors que l'uniformisation des règles de conflit est présentée comme un instrument déterminant de la construction d'un espace judiciaire européen unifié, qui représenterait une condition de la libre circulation des personnes, l'assiduité des institutions européennes à poursuivre sa réalisation conduit à une fragmentation géographique de cet espace. Si ses modalités sont diverses, ce morcellement résulte de l'attachement des États membres à leurs conceptions juridiques nationales en matière familiale et signifie les divergences d'ampleur que ces derniers entretiennent avec d'autres États membres¹⁸⁷³, si bien que la résorption du phénomène, techniquement envisageable, paraît matériellement peu vraisemblable. Au contraire, c'est à un morcellement toujours plus important que conduisent actuellement les règlements de droit international privé de la famille, qui ne parviennent pas même à garantir l'unité des règles applicables entre les États qui, pourtant, sont liés par ces textes.

II. Le morcellement organisé dans le cadre de l'application des textes

370. Plan. – Les réserves nationales ont accompagné dès l'origine la mise en œuvre d'une conception volontariste de la confiance mutuelle dans les règlements de droit international privé de la famille. Elles émergent ainsi dans le règlement « Aliments » comme un contrepoids à la suppression de l'*exequatur* mais restent alors prudentes et ne modifient pas la configuration géographique de l'espace judiciaire européen (A). Leur caractère offensif s'est révélé par la suite, d'abord dans le cadre de la procédure d'adoption des textes ultérieurs. Il a été observé que le recours à la coopération renforcée a été justifié en droit international privé de la famille par la volonté de certains États membres de poursuivre l'intégration, malgré l'opposition d'autres États, par l'adoption de règles de conflit uniformisées¹⁸⁷⁴. Dès lors, il aurait été légitime d'attendre des nouveaux textes qu'ils traduisent un consensus auquel seraient parvenus les États membres participants, en nombre réduit. Pourtant, c'est la persistance de désaccords profonds qui s'exhale au contraire de ces règlements et qui, en matière de conflit de lois comme en matière de conflit de juridictions, conduit à un nouveau morcellement géographique qui peut

¹⁸⁷³ Sur ces divergences, voir *supra*, n^{os} 168-171.

¹⁸⁷⁴ Sur ce point, voir *supra*, n^{os} 365-368.

survenir ensuite, à l'occasion de l'application même du texte, et à la discrétion des juridictions saisies de litiges particuliers (B).

A. À l'origine, l'expression incidente d'une réserve : l'article 22 du règlement « Aliments »

371. Contenu et genèse de la disposition. – C'est en matière de conflit de juridictions, et plus précisément d'effet des jugements, que la remise en cause du caractère absolu et inconditionnel de la confiance mutuelle entre les États membres a connu sa première traduction juridique en droit de l'Union ; c'est aussi, pour l'heure, la dernière fois que cette expression ne s'est pas concrétisée par un morcellement géographique organisé par le texte à l'occasion de son application.

L'on doit ainsi au règlement « Aliments » un article 22 relatif aux décisions rendues par la juridiction d'un État membre lié par le protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Ce texte dissocie la reconnaissance et l'exécution de ce qui y relève de la matière alimentaire — par hypothèse automatique — de la reconnaissance de l'existence de la situation de famille qui a servi de fondement à la décision alimentaire dans l'État membre d'origine. Aux termes du texte, les premières « n'impliquent en aucune manière » la seconde. Cette affirmation n'est pas, au premier abord, de nature à susciter l'étonnement : l'Union européenne n'ayant pas exercé sa compétence s'agissant de la constitution des liens familiaux, celle-ci reste du ressort des États membres et il serait difficile d'admettre que l'Union puisse se l'arroger de manière indirecte à l'occasion de la reconnaissance d'une décision en matière alimentaire. En apparence, il s'agit donc d'une simple réitération de l'étendue des compétences respectives des États membres et de l'Union européenne.

Symboliquement pourtant, l'introduction de cet article dans le règlement n'est ni anodine, ni neutre ; elle est supposée répondre aux préoccupations qui sont nées de la suppression de tout contrôle de conformité de la décision à l'ordre public international de l'État membre d'exécution. Bente Soerensen, qui, en tant qu'administratrice au Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, figure parmi les observateurs privilégiés du processus d'adoption des textes, souligne que « ce texte a fortement contribué à convaincre les États membres qui hésitaient à accepter la suppression de l'*exequatur*. Tout simplement parce qu'ils craignaient d'être obligés, par le biais du règlement, de reconnaître des relations de famille qui, dans leurs ordres juridiques, ne sont pas considérées comme telles »¹⁸⁷⁵. Cette préoccupation affichée par certaines délégations nationales a également été relevée par la Commission qui, tout en

¹⁸⁷⁵ Bente SOERENSEN, « Suppression de l'*exequatur* », Dossier Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union, *AJ fam.*, 2009, pp. 112-114, spéc. p. 113.

qualifiant l'ordre public de « faux problème [plutôt que d']obstacle réel »¹⁸⁷⁶, avait reconnu que « [q]uelques questions pourraient subsister pour certains États, telles que la reconnaissance et l'exécution de décisions accordant une créance alimentaire à des personnes liées par les nouvelles formes de mariages ou de partenariats récemment introduites »¹⁸⁷⁷. La pudeur de l'expression ne saurait en effet faire oublier que plusieurs États membres de l'Union refusent de reconnaître la validité d'un mariage homosexuel — voire même d'une autre forme d'union civile¹⁸⁷⁸ — même s'il a été célébré à l'étranger, de même que tout lien de filiation qui traduirait une homoparenté. Dans ces États, la reconnaissance et l'exécution automatique des décisions risquent de n'être que vaines chimères pour une partie des justiciables.

372. Analyse critique. – Du point de vue de la construction de l'espace judiciaire européen sur le fondement de la confiance mutuelle, cette disposition nous semble appeler trois remarques.

373. Premièrement, cet article est inséré dans la section du règlement consacrée aux décisions rendues dans un État membre lié par le protocole de La Haye, section qui fait reposer la suppression de l'*exequatur* sur la confiance absolue et inconditionnelle naissant de l'uniformisation des règles de conflit de lois. La réserve dont témoigne au contraire cet article semble contredire directement la justification de cette uniformisation et du présupposé qu'elle est censée constituer et sur lequel se fonde la libéralisation de la « circulation » des décisions. Cette contradiction n'a pas qu'une dimension symbolique. Elle fait grandement douter de la réalité de la confiance mutuelle entre les États membres, affaiblit les justifications de l'adoption de telles règles au regard des principes européens de proportionnalité et de subsidiarité, et nuit à la lisibilité et à la cohérence globale des textes de droit international privé de la famille. Une telle disposition met en évidence à la fois les divergences profondes qui se maintiennent entre les droits internes des États membres en matière familiale quant aux questions centrales que sont le mariage et la filiation, mais aussi et surtout celles qui subsistent entre les droits conflictuels des États membres, et qui renforcent en retour l'importance des premières par le biais de l'exception d'ordre public international¹⁸⁷⁹. Le but n'est pas de rassurer les États membres sur leur possibilité de ne pas reconnaître un lien qui se serait illégalement formé sur

¹⁸⁷⁶ Commission des Communautés européennes, Livre vert Obligations alimentaires, 15 avril 2004, COM(2004) 254 final, p. 19, point 5.2.1.1.

¹⁸⁷⁷ *Ibid.*

¹⁸⁷⁸ Voir cependant, condamnant l'Italie, qui n'avait prévu aucune possibilité pour les couples de même sexe d'obtenir une reconnaissance juridique, pour violation du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention, l'arrêt CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et al. c. Italie*, req. n°s 18766/11 et 36030/11 ; *D.*, 2015, p. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHT ; *ibid.*, p. 755, obs. J.-C. GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT ; *AJ fam.*, 2015, p. 165, obs. E. VIGANOTTI ; *ibid.*, p. 77, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE. Sur ce point, voir *infra*, n° 382.

¹⁸⁷⁹ Sur le droit international privé comme révélateur des particularités internes et de leur importance pour l'ordre juridique du for, voir Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, réed., 2002, 346 p., spéc. n° 10, pp. 24-25.

leur territoire, mais sur celle de ne pas reconnaître un lien qui se serait valablement formé à l'étranger, et donc de déclencher l'exception d'ordre public international dans sa version atténuée pour refuser d'admettre un tel lien. Dès lors, le règlement oblige à reconnaître une décision en matière alimentaire dans des situations où l'existence du lien familial ne serait pas reconnue si elle venait à être contestée dans l'État membre requis et donc à faire produire des effets à une situation illégale aux yeux du for.

374. Deuxièmement, un tel texte conduit nécessairement à se poser la question plus large du sens de l'édifice de l'Union européenne de « circulation » des décisions en matière familiale. La construction du droit international privé de la famille participe plus largement de celle de l'espace judiciaire européen et finalement de celle de l'ordre juridique de l'Union. Dans cette perspective, il est au moins incongru d'obliger l'État membre requis à faire produire des effets à une situation tout en assurant ne pas l'obliger à reconnaître cette situation. La logique juridique d'un tel raisonnement est peu intelligible. Il est certes courant qu'un lien familial produise des effets alors même qu'il est mal fondé. Ce peut être le cas d'un mariage entaché d'un vice, ou d'un lien de filiation qui ne reposerait pas sur un lien biologique. Mais dans ces cas, les effets produits par ces situations le sont « par accident », parce que la cause d'invalidité du lien n'est pas connue ou que sa contestation est prescrite. Le règlement procède différemment en ce qu'il impose de faire produire des effets à une situation tout en envisageant que cette situation puisse ne pas être reconnue dans l'État membre requis. L'invalidité du lien y est anticipée et relativisée, puisque si le règlement n'impose pas aux États membres de reconnaître la relation familiale dans laquelle l'obligation alimentaire trouve son origine, il n'envisage pas non plus le sort de la décision alimentaire dans le cas où le lien familial ferait l'objet d'une contestation devant les juridictions de l'État membre requis.

Deux solutions nous paraissent envisageables en cas de refus du juge requis de reconnaître le lien familial. D'une part, il est possible que la décision alimentaire devienne caduque et que son exécution prenne fin. Une telle issue est loin d'être certaine puisque le règlement ne l'envisage pas, alors même qu'il conçoit le défaut de reconnaissance du lien familial dans l'État membre requis. Elle souligne de surcroît la fragilité du système de « circulation » des décisions dans le cadre de la construction de l'espace judiciaire européen. La libéralisation des règles de « circulation » des décisions doit simplifier la circulation des personnes d'un État membre à l'autre de l'Union. Pourtant, son efficacité peut être sérieusement mise en doute en présence d'une règle telle que celle de l'article 22 du règlement « Aliments » et à défaut d'accord des États membres sur la constitution des liens familiaux. Par ailleurs, si les enjeux patrimoniaux de la circulation des personnes ne doivent pas être négligés, les premières difficultés résident dans la discontinuité du statut des individus, qui ne sont pas

traitées par le droit international privé de l'Union. D'autre part, l'exécution de la décision alimentaire pourrait se prolonger même dans l'éventualité d'un anéantissement du lien familial sur lequel elle reposait. Il semble que cette voie doive être privilégiée, étant donné la rédaction du règlement qui envisage la possibilité que l'État membre requis ne reconnaisse pas le lien familial sans en tirer aucune conséquence sur le plan de l'exécution de la décision alimentaire.

375. C'est dans cet élément que réside finalement la troisième source d'embarras. Le règlement manifeste une certaine indifférence à la question du sens de la décision reconnue au sein de l'ordre juridique de l'État membre requis, et plus largement à l'intégration harmonieuse des règles conflictuelles dans l'ordre juridique des États membres. Pour favoriser la reconnaissance des décisions alimentaires dans ces types de situations, le règlement tente de véhiculer une conception mécanique de la procédure. Le considérant 25 du préambule, qui se rapporte à l'article 22, affirme ainsi que « [l]a reconnaissance [...] a pour seul objet de permettre le recouvrement de la créance alimentaire déterminée dans la décision ». En d'autres termes, la décision du juge d'origine détermine une créance, la procédure devant le juge requis doit permettre son extinction. Mais une telle présentation de la question est artificielle, en particulier en matière familiale, où l'accès au statut détermine précisément les effets produits. En l'absence d'équivalence entre les statuts, perçue comme telle par l'État membre requis, la reconnaissance ou l'exécution d'une décision alimentaire perd sa légitimité du point de vue de l'ordre juridique du for et risque de créer des situations de discrimination à rebours. Cette indifférence est d'autant plus problématique que les situations visées par l'article 22 concernent principalement les unions homosexuelles et les filiations homoparentales¹⁸⁸⁰, qui cristallisent de fortes oppositions entre les États membres et méritent à ce titre une attention soutenue compte tenu de l'insécurité juridique qui pèse sur elles.

Si l'État requis est un État à la législation prohibitive, cette hostilité peut se manifester principalement de deux manières : il s'agit soit de l'État national de l'un des intéressés qui retient le critère de la nationalité en matière de conditions de fond du mariage ou d'établissement de la filiation, soit d'un État considérant le mariage homosexuel ou la filiation homoparentale comme manifestement contraire à son ordre public international. La question se pose dès lors de savoir ce que signifierait pour un État membre de faire produire des effets à une situation qu'il considère comme invalide ou manifestement contraire à son ordre public international, et donc s'il l'accepterait. Si la reconnaissance des effets dans un État différent de celui de la constitution de la situation n'est pas nécessairement précédée d'un examen de la validité du lien, la question est à ce point sensible dans certains États qu'il paraît peu probable

¹⁸⁸⁰ Voir sur ce point les indications de la Commission des Communautés européennes : Livre vert Obligations alimentaires, précité.

qu'en présence d'un mariage homosexuel ou d'un lien de filiation homoparental elle ne soit pas soulevée, soit d'office par le juge requis, soit par le débiteur de l'obligation alimentaire, soit encore par une autorité publique compétente¹⁸⁸¹.

Un couple homosexuel franco-polonais vivant en France aura par exemple pu se marier et adopter un enfant valablement dans ce pays. Supposons que, à la suite de la séparation ou du divorce des époux, l'autorité parentale est attribuée au parent français et que le juge décide que le parent polonais retourné vivre en Pologne doit s'acquitter d'une obligation alimentaire envers son enfant et d'une obligation envers son conjoint séparé de corps ou son ex-conjoint. Si le débiteur devait se montrer récalcitrant à l'exécution de la décision alimentaire, l'époux et parent français serait conduit à en demander l'exécution en Pologne. La question de la validité du mariage ou celle de la filiation serait alors probablement débattue devant le juge polonais. Dans une telle hypothèse, s'agissant du lien matrimonial et de l'obligation alimentaire qui en découlerait, en application de l'article 4 § 3 de la convention franco-polonaise du 5 avril 1967¹⁸⁸² qui désigne la loi applicable lorsqu'un couple franco-polonais, notamment, est concerné, le juge polonais devrait faire application de sa loi nationale aux conditions de fond du mariage s'agissant de l'époux polonais. La Constitution polonaise faisant de l'altérité des sexes un élément de la définition du mariage, l'union prononcée en France ne serait pas considérée valable en Pologne. La décision française de séparation de corps ou de divorce ne pourrait y faire obstacle, étant donné qu'elle pourrait se voir opposer en Pologne, sur le fondement de l'article 21, *littera a*, du règlement « Bruxelles II *bis* », une exception d'ordre public international. La question du sort de la décision alimentaire se poserait alors. Si l'article 22 du règlement « Aliments » élude la question et si la décision rendue à l'étranger acquiert automatiquement et irrémédiablement force exécutoire dans l'État membre d'exécution, le règlement offre une solution au juge polonais, garant de la cohérence de son ordre juridique. L'article 21 § 1 prévoit en effet que c'est la loi de l'État membre d'exécution qui détermine les motifs de refus ou de suspension de l'exécution de la décision. Ainsi, le juge polonais, auquel s'impose la force exécutoire de la décision alimentaire et donc sa « circulation » transfrontière, pourrait, le cas échéant, s'appuyer sur son droit national afin de refuser l'*exécution* de cette décision. L'article 21 § 2, al. 2, offre par ailleurs au débiteur la possibilité de demander le refus d'exécution de la décision alimentaire si elle est inconciliable

¹⁸⁸¹ Il faut noter que la même difficulté quant au sens d'une telle reconnaissance se poserait si la reconnaissance de la décision alimentaire était invoquée dans un État dans lequel une décision avait déjà été rendue en matière d'état.

¹⁸⁸² Convention franco-polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'*exequatur* dans le droit des personnes et de la famille signée à Varsovie, le 5 mars 1967.

avec une décision rendue dans l'État membre d'exécution. Reste à déterminer ce que désigne l'inconciliabilité d'une décision alimentaire avec une décision relative au lien matrimonial.

La jurisprudence de la Cour de justice fournit une indication précise sur ce point. En effet, dans l'arrêt *Hoffmann c. Krieg*¹⁸⁸³ rendu au sujet de la convention de Bruxelles, le juge néerlandais a saisi la Cour d'une question préjudicielle visant à déterminer « si une décision étrangère condamnant un époux à verser des aliments à son conjoint au titre de ses obligations d'entretien résultant du mariage est inconciliable au sens de l'article 27, point 3, de la convention avec une décision nationale ayant prononcé le divorce entre les époux concernés »¹⁸⁸⁴. La Cour affirme que pour répondre à cette question, « il convient de rechercher si les décisions en causes entraînent des conséquences juridiques qui s'excluent mutuellement »¹⁸⁸⁵. Elle observe qu'en l'espèce, les conséquences des deux décisions s'excluent mutuellement puisque « la décision étrangère, qui présuppose nécessairement l'existence du lien matrimonial, devrait être mise à exécution, alors que ce lien a été dissous par une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État requis »¹⁸⁸⁶. Les deux décisions sont donc inconciliables. Dans notre hypothèse, légèrement différente, l'inconciliabilité de la décision alimentaire étrangère prononcée au titre de l'obligation d'entretien pendant la séparation de corps ou de la prestation compensatoire après le divorce, d'une part, et de la décision polonaise qui considère le mariage nul, d'autre part, ne nous paraît faire aucun doute. En effet, de même que dans l'arrêt *Hoffmann c. Krieg*, la décision alimentaire présuppose ici l'existence actuelle ou passée, du lien matrimonial. Or, la décision polonaise en prononçant la nullité, ce lien est réputé ne jamais avoir existé. Dans ces conditions, le juge polonais refuserait très probablement de reconnaître la décision alimentaire prononcée en France. De même, le lien qui unit l'adopté et les adoptants paraît fragile devant le juge polonais, que ce dernier considère la loi polonaise applicable, ou qu'il oppose son ordre public international. À nouveau, la décision alimentaire ne paraît pas pouvoir être reconnue, si bien que la « circulation » transfrontière automatique de la décision alimentaire paraît bien dérisoire au regard de ses effets réels.

376. Conclusion. – Transition. – Il ressort finalement de l'analyse de cette disposition que les visions nationales relatives au statut familial sont mieux protégées dans le cas où la décision alimentaire émane d'un État membre non lié par le protocole de La Haye plutôt que d'un État membre qui le serait. Un tel constat paraît logique si l'on se borne à considérer que

¹⁸⁸³ CJCE, 4 février 1988, *Hoffmann c. Krieg*, aff. 145/86, *Rec.*, 1988, p. 645 ; *RCDIP*, 1988, p. 598, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 1989, p. 449, obs. A. HUET.

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*, point 19.

¹⁸⁸⁵ *Ibid.*, point 22.

¹⁸⁸⁶ *Ibid.*, point 24.

l'uniformisation des règles de conflit de lois renforce la confiance mutuelle. Cette confiance, si tant est qu'elle soit consolidée, ne le serait cependant qu'en matière alimentaire. Dès lors, l'importance des questions relatives à la constitution du statut, à la fois pour les individus et pour les États, et le sort qui leur est ainsi réservé de manière incidente ne doivent pas être négligés. Il est à craindre que l'uniformisation des règles de conflit de lois, en ce qu'elle conditionne ici une reconnaissance à marche forcée de la décision alimentaire, aboutisse à un regain de vigueur de la remise en cause de la confiance mutuelle de la part des États membres. L'application effective du droit de l'Union européenne et ses perspectives d'évolution seraient alors fragilisées. C'est de ce phénomène que semble attester l'évolution législative européenne en la matière, qui manifeste un changement d'attitude des États dans le processus législatif.

B. Un élément de variation casuistique des limites prédéfinies de l'espace judiciaire européen

377. Plan. – La remise en cause par certains États membres du caractère absolu et inconditionnel de la confiance mutuelle ne se contente plus de façonner en amont l'espace judiciaire européen. Elle conduit, en son sein même, à faire varier ses limites au hasard de la casuistique, en matière de conflit de lois (1) comme en matière de conflit de juridictions (2).

1. En matière de conflit de lois : l'article 13 du règlement « Rome III »

378. Multiplication des dispositions protectrices des conceptions nationales du for. – Le règlement « Rome III » a inauguré une série de dispositions qui, aux côtés des affirmations politiques et jurisprudentielles de confiance, laissent apparaître que le texte ne repose pas sur une confiance absolue et inconditionnelle entre États membres participants. Autrement dit, et de manière sans doute contre-intuitive au regard du discours institutionnel sur la construction de l'espace judiciaire européen, la seule participation à un texte adopté selon la procédure de coopération renforcée, qui repose donc sur la seule volonté des États membres en question, ne suffit pas à instaurer et finalement à présumer une confiance mutuelle entre eux.

Cette affirmation d'une confiance limitée et conditionnée frappe tout d'abord à l'issue d'une simple lecture superficielle du texte. Celle-ci conduit à constater que ce ne sont pas une, comme c'est traditionnellement le cas, mais trois dispositions du règlement « Rome III » qui sont dédiées à la protection de l'ordre public du for. À l'article 12 qui énonce une exception classique d'ordre public international s'adjoignent les articles 10 et 13 qui traduisent des principes fondamentalement opposés. Le premier consacre un droit au divorce : si la loi en principe applicable ne connaît pas le divorce ou introduit, dans l'accès au divorce, une discrimination à raison du sexe, la disposition enjoint à la juridiction saisie d'appliquer la *lex*

fori automatiquement, donc sans qu'il soit nécessaire de constater *in concreto* une atteinte à l'ordre public international du *for*¹⁸⁸⁷. Le second énonce notamment¹⁸⁸⁸ que rien n'oblige les juridictions d'un État qui « 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 ». Le droit au divorce n'est donc pas si absolu qu'il le paraît à la lecture de l'article 10¹⁸⁸⁹.

379. Manifestation du défaut d'unité du droit de l'Union. – L'analyse plus approfondie de l'article 13 en particulier confirme à la fois une conception mesurée de la confiance mutuelle entre les États membres et son influence déterminante sur la construction actuelle de l'espace judiciaire européen. Sans le dire expressément, cette disposition est en effet destinée à permettre aux juridictions d'un État dont la loi est prohibitive, de refuser de prononcer le divorce d'un couple de personnes de même sexe, ce qui interpelle, eu égard au morcellement de l'espace judiciaire civil en matière familiale, de deux points de vue.

D'un point de vue technique d'une part, et l'atteinte à la sécurité juridique provoquée par la généralité des termes relatifs aux mariages concernés¹⁸⁹⁰ mise à part, la disposition surprend par sa radicalité. Elle va en effet plus loin qu'un mécanisme plus ou moins classique de protection de l'ordre public : elle consacre une possibilité d'*opt-out* ponctuel, étant donné que, comme l'a noté Natalie Joubert, « le texte ne prévoit pas un retour à l'application de la loi du *for*, mais purement et simplement la possibilité de ne pas prononcer le divorce »¹⁸⁹¹. En pratique, la loi du *for* s'appliquera très probablement, mais pas sur le fondement du règlement, ni même du droit européen, la question se déplaçant, dans cet État, sur le terrain de la validité du mariage. Cette disposition du règlement souligne ainsi particulièrement bien le caractère illusoire d'une unification des règles de conflit en matière de divorce en l'absence de convergences de fond d'ampleur sur la conception du mariage. Elle constitue par ailleurs un mécanisme autrement plus subversif que les régimes traditionnels d'*opt-out*. Sa mise en œuvre n'est pas automatiquement liée à la saisine d'une juridiction d'un État membre participant dont la loi prohiberait le mariage entre personnes de même sexe, mais dépend du seul arbitraire du juge saisi¹⁸⁹². En effet, si, aux termes de l'article 13, rien « *n'oblige* »¹⁸⁹³ les juridictions d'un

¹⁸⁸⁷ Pour une critique de cette automaticité, voir Alexandre BOICHÉ, « Présentation du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », *AJ fam.*, 2012, pp. 370-375, spéc. p. 374.

¹⁸⁸⁸ L'article prévoit également le défaut d'obligation pour les juridictions d'un État membre participant dont la loi ne prévoit pas le divorce de prononcer le divorce en application du règlement, disposition en contradiction absolue avec l'article 10 mais devenue obsolète depuis la consécration du divorce par Malte dans sa législation interne.

¹⁸⁸⁹ Sur le droit au divorce promu par l'article 10 du règlement « Rome III », voir *supra*, n° 240.

¹⁸⁹⁰ Alexandre BOICHÉ, *op. cit.*, p. 375.

¹⁸⁹¹ Natalie JOUBERT, « Commentaire de l'article 13 du règlement "Rome III" », in *Droit européen du divorce*, *op. cit.*, pp. 623-629, spéc. n° 1, p. 623.

¹⁸⁹² *Ibid.*

¹⁸⁹³ C'est nous qui soulignons.

État membre participant à prononcer un divorce dans les cas que le texte détermine, celles-ci en ont tout de même la *possibilité*. Aussi, le morcellement géographique ne s'opère plus ni à l'échelle de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, ni à celle de la coopération judiciaire civile, ni même à celle de l'espace judiciaire civil en matière familiale, mais à l'échelle du cas particulier, en fonction des circonstances de ce dernier. Cette marge de manœuvre laissée aux juges peut n'être qu'accidentelle et résulter d'une malfaçon législative liée à la seule volonté des États à la législation prohibitive de confirmer la portée de la prohibition sur leur territoire. Elle peut également s'expliquer par la volonté de l'Union d'étendre au maximum l'application du texte et par un mouvement d'assimilation, même indirecte, des ordres juridiques nationaux par le droit de l'Union européenne. Quoi qu'il en soit, cette disposition exclut toute sécurité juridique : même les parties qui auraient connaissance du contenu prohibitif de la législation de l'État membre saisi du divorce ne pourraient déterminer de manière certaine si elles peuvent divorcer dans cet État, la réponse à cette question pouvant être apportée de manière casuistique et non générale.

Du point de vue de la construction juridique matérielle d'autre part, l'expression par les textes mêmes d'une telle remise en cause du caractère absolu et inconditionnel de la confiance mutuelle semble imposer un changement de paradigme. Le règlement européen se veut promoteur, même dans le cadre restreint de la coopération renforcée, d'une vision uniforme du divorce. Il est dès lors possible de s'interroger sur le sens et la légitimité de consacrer un droit au divorce auquel pourront cependant déroger, à leur discrétion, certaines juridictions en présence d'un mariage entre personnes de même sexe. Du point de vue du droit de l'Union, le droit au divorce peut en effet bénéficier à la fois à des époux hétérosexuels et à des époux homosexuels ; dès lors, la justification et le sens, du point de vue de ce seul droit, de l'atteinte potentielle portée par l'article 13 aux seuls mariages homosexuels sont difficiles à percevoir. Le hiatus vient du fait qu'il ne revient pas à l'Union européenne de statuer sur les formes d'unions reconnues par les législations internes des États membres. Une tension s'exerce alors « entre une volonté très forte de parvenir à un instrument dont l'objectif est un rapprochement des droits du divorce [... et] un éparpillement et une multiplication de dispositions concernant l'ordre public [...], dans l'objectif de respecter les conceptions nationales »¹⁸⁹⁴. L'affirmation qui en résulte d'un droit au divorce par le droit de l'Union nous paraît devoir être remise en cause compte tenu de l'impossibilité pour lui d'en définir les bénéficiaires. Dès lors que des solutions telles celles de l'article 13 sont admises, il nous paraît devoir conclure à leur incompatibilité avec la revendication non seulement d'une présomption irréfragable de

¹⁸⁹⁴ Natalie JOUBERT, « Commentaire de l'article 10 du règlement "Rome III" », in *Droit européen du divorce*, op. cit., pp. 595-603, spéc. n° 2, p. 594.

confiance mutuelle entre les États membres mais aussi de la justification d'une telle conception absolue, à savoir la poursuite de l'unité du droit de l'Union. En entérinant de telles facultés de dérogation, le droit de l'Union lui-même reconnaît l'absence de confiance mutuelle absolue entre les États membres et conçoit sa propre fragmentation et son défaut d'unité matérielle et géographique.

380. Conséquences sur le régime de l'effet des jugements. – Le parti pris législatif adopté dans le cadre de ce texte charrie ainsi plus largement des éléments de remise en cause partielle de la démarche tendant à imposer sur le fondement de l'unité du droit de l'Union, une confiance absolue censée justifier la reconnaissance inconditionnelle des décisions et la suppression de l'*exequatur*. En matière matrimoniale, cette remise en cause semble avoir eu certains effets sur les conditions de la reconnaissance des décisions. Ces derniers se mesurent dans le cadre d'une comparaison entre les règlements « Bruxelles II *bis* », « Bruxelles II *ter* » et « Aliments ». Le règlement « Rome III » a en effet été adopté par certains États membres entre l'adoption du règlement « Bruxelles II *bis* » et celle du règlement « Bruxelles II *ter* ». Il aurait donc été possible d'envisager au sein de ce dernier texte, sur le modèle du règlement « Aliments »¹⁸⁹⁵, deux régimes distincts d'effet des jugements en fonction de la participation des États au règlement « Rome III ». Pourtant, le règlement « Bruxelles II *ter* » ne prévoit pas la reconnaissance inconditionnelle des décisions matrimoniales. Celle-ci peut être contestée notamment sur le fondement d'une contrariété à l'ordre public de l'État membre requis, que cette décision émane d'une juridiction ayant appliqué le règlement « Rome III » ou pas¹⁸⁹⁶. Le changement de méthode entre les règlements « Aliments » et « Bruxelles II *ter* » est ainsi notable. Il apparaît cependant, à la lecture des dispositions relatives à la force exécutoire et à l'exécution des décisions rendues en matière de responsabilité parentale, que toutes les conséquences de ces manifestations de confiance limitée et conditionnée des États membres n'ont pas été tirées¹⁸⁹⁷. La démarche étonne, tant les textes qui ont suivi le règlement « Rome III » montrent une généralisation à la fois matérielle et conflictuelle de la prise en compte des réserves exprimées par les États membres dans les dispositions relatives à l'application du droit de l'Union.

¹⁸⁹⁵ Voir *supra*, n^{os} 321-325.

¹⁸⁹⁶ Articles 38 et 40 du règlement « Bruxelles II *ter* ».

¹⁸⁹⁷ Sur ces dispositions et leur ambivalente prise en compte des réserves nationales relatives à la confiance mutuelle que s'accordent les États membres, voir *supra*, n^o 324.

2. *En matière de conflit de juridictions : le déclinatoire de compétence des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés »*

381. Présentation. – Les dispositions destinées à protéger les conceptions nationales lors de l’application des règlements européens, se sont perpétuées dans les textes complets que sont les règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », sous forme de déclinatoires de compétence. Elles ont ainsi quitté le champ du conflit de lois pour investir celui de la compétence internationale directe. Elles ont trouvé dans ce champ une traduction inédite, leurs conséquences y étant bien plus fortes que celles qui découlaient de la rédaction du règlement « Aliments »¹⁸⁹⁸. L’originalité de ces dispositions a d’ores et déjà été soulignée par une doctrine les percevant comme une « innovation »¹⁸⁹⁹ « curieuse »¹⁹⁰⁰ ; leur absence de correspondance à une quelconque figure conflictuelle existante et la fragilité de l’assise conceptuelle sur laquelle elles reposent laissent planer une zone d’ombre sur leur portée réelle. Au cours des années à venir, leur application nécessitera, en même temps qu’elle permettra, de déterminer l’étendue de la liberté et, corrélativement, des obligations qu’elles attribuent aux États membres participants. Leur efficacité à remplir la mission qui leur incombe, à savoir la protection des conceptions nationales, pourra être évaluée à la fois à l’aune des réactions des juridictions nationales des États membres participants et à celle des nouvelles participations que pourraient éventuellement engranger ces textes. La singularité de ces textes et celle de leurs différences, qui semblent minimales mais auront certainement une incidence importante, imposent de les énoncer afin d’en rendre l’étude plus claire.

L’article 9 § 1 du règlement « Régime matrimoniaux » est rédigé comme suit :

*« À titre exceptionnel, si la juridiction de l’État membre compétente en vertu de l’article 4, 6, 7 ou 8 considère que son droit international privé ne reconnaît pas le mariage concerné aux fins d’une procédure en matière de régimes matrimoniaux, elle peut décliner sa compétence. Lorsque la juridiction concernée décide de décliner sa compétence, elle le fait sans retard indu »*¹⁹⁰¹.

¹⁸⁹⁸ Voir *supra*, n^{os} 371-376.

¹⁸⁹⁹ Michel FARGE, « Règlements européens. Les nouvelles règles de compétence juridictionnelle », *Droit de la famille*, mai 2017, n^o 5, Dossier Les règlements européens en matière patrimoniale, étude n^o 30, pp. 17-23, spéc. n^o 35, p. 23.

¹⁹⁰⁰ Natalie JOUBERT, « La dernière pierre (provisoire ?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *RCDIP*, 2017, pp. 1-26, spéc. n^o 34, p. 13.

¹⁹⁰¹ C’est nous qui soulignons. Voir également le considérant 38 du règlement « Régimes matrimoniaux ».

L'article 9 § 1 du règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » prévoit quant à lui que :

« Si la juridiction de l'État membre compétente en vertu de l'article 4 ou 5 ou de l'article 6, point a), b), c) ou d), considère que *son droit ne prévoit pas l'institution du partenariat enregistré*, elle peut décliner sa compétence. Lorsque la juridiction concernée décide de décliner sa compétence, elle le fait sans retard indu »¹⁹⁰².

382. Caractéristiques. – Cette nouvelle figure de règle de compétence se distingue dans les trois catégories auxquelles elle appartient.

En tant que règle de compétence tout d'abord, comme le note Michel Farge, ces règles de compétence internationale directe sont un exemple de règles « engagées », qui ne sont pas neutres. Mais alors que traditionnellement, de telles règles sont sous-tendues par une idée de faveur, il semble que ces règlements soient porteurs, pour « la première fois, [...] de] règles destinées à traduire un parti pris défavorable, pour ne pas dire hostile à une institution juridique »¹⁹⁰³. Il s'agit en effet à nouveau, comme pour l'article 13 du règlement « Rome III », de ne pas imposer aux juridictions d'un État membre participant dont le droit serait hostile à certaines formes d'unions¹⁹⁰⁴ — mariage entre personnes de même sexe ou partenariat enregistré¹⁹⁰⁵ — de connaître d'un litige relatif au régime matrimonial ou aux effets patrimoniaux découlant de ces liens. S'agissant des régimes matrimoniaux, le texte est cependant rédigé de façon assez large pour que soient concernés d'autres types de mariage, en particulier le mariage polygamique et le mariage privé, dont la célébration est peu courante dans les États membres de l'Union européenne mais dont la reconnaissance peut y être demandée.

¹⁹⁰² C'est nous qui soulignons. Voir le considérant 36 du règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

¹⁹⁰³ Michel FARGE, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹⁰⁴ Les institutions politiquement visées ne font aucun doute, bien que la rédaction des articles permette d'en avoir une appréhension juridique plus large. Voir à cet égard Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE, « Le patrimoine des couples internationaux dans l'espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *op. cit.*, pp. 488-489 ; Michel FARGE, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Paulina TWARDOSCH, *op. cit.*, pp. 465-466.

¹⁹⁰⁵ Contrairement au mariage, l'hostilité au partenariat enregistré peut se manifester qu'il unisse des personnes de sexe différent ou de même sexe, certains États ne connaissant pas du tout l'institution. Parmi les États membres participants c'est le cas de la Bulgarie. Parmi les autres États membres, la Lettonie, la Lituanie, la Pologne, la Roumanie et la Slovaquie ne connaissent pas l'institution. La législation de ces États est cependant susceptible d'évoluer, notamment dans ceux qui ne souhaitent pas ouvrir le mariage aux couples homosexuels, à la suite de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui a sanctionné, sur le fondement de la violation du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention, le fait pour l'Italie de n'avoir introduit aucune possibilité pour les couples homosexuels d'obtenir une reconnaissance juridique : CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et al. c. Italie*, précité.

En tant que règle dérogatoire en matière de définition du champ d'application du règlement ensuite, puisqu'il s'agit, à nouveau, d'accorder une faculté d'*opt-out*, sa concrétisation relève non pas, de manière générale, d'un État membre mais, au cas par cas, du pouvoir discrétionnaire du juge saisi. Ce mécanisme ouvre ainsi la porte à une nouvelle fragmentation géographique de l'espace judiciaire européen à l'occasion de l'application de ces règlements et fait peser sur les justiciables une incertitude juridique devant laquelle les velléités d'extension du texte *ratione loci* auraient peut-être pu opportunément céder.

En tant que déclinatoire de compétence enfin, Natalie Joubert souligne que contrairement à la figure connue de plusieurs textes de droit international privé de la famille¹⁹⁰⁶, il ne s'agit pas de permettre « à la juridiction saisie de décliner sa compétence [...] à la demande d'une des parties à la procédure [...] c'est ici la juridiction qui décide de ce déclinatoire et *pour des raisons tenant au fond du droit et non à des enjeux liés à l'exercice de la compétence elle-même* »¹⁹⁰⁷. Cette dernière distorsion met particulièrement en exergue la différence de sens que revêt ce mécanisme dans les règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » : alors qu'il sert traditionnellement la bonne administration de la justice à l'échelle européenne, la coordination entre les juridictions des États membres et donc une construction harmonieuse de l'espace judiciaire européen, il constitue, dans ces deux récents règlements, un facteur d'asthénie supplémentaire de cet espace dont l'unité est déjà fragilisée par le recours à la coopération renforcée.

Cette orientation législative permet, à l'aune de ce constat, de remettre en perspective la solution retenue par la Cour de justice dans l'arrêt *Owusu*¹⁹⁰⁸ au sujet de l'exception du *forum non conveniens* du droit anglais¹⁹⁰⁹. Ce mécanisme permet à une juridiction dont la compétence est établie de se dessaisir, à sa discrétion et sur le fondement de motifs d'opportunité, au profit d'une autre juridiction également compétente qu'elle considère mieux placée pour connaître du litige¹⁹¹⁰. La Cour de justice a été saisie d'une question relative à la possibilité pour un juge anglais, compétent en vertu de l'article 2 de la convention de Bruxelles, de mettre en œuvre cette exception au profit de la juridiction d'un État tiers. Cette question s'est posée dans un cas où la compétence de la juridiction d'un autre État contractant n'était pas en jeu et où le litige

¹⁹⁰⁶ Voir le déclinatoire de compétence des articles 8 et 9 de la convention de La Haye du 19 octobre 1996 relative à la responsabilité parentale et aux mesures de protection des enfants, 15 du règlement « Bruxelles II bis » (une disposition équivalente a été maintenue à l'article 12 du règlement « Bruxelles II ter ») et 6, *littera a* du règlement « Successions ».

¹⁹⁰⁷ Natalie JOUBERT, *op. cit.*, n° 35, p. 13. C'est nous qui soulignons.

¹⁹⁰⁸ CJCE, Gr. ch., 1^{er} mars 2005, *Owusu*, aff. C-281/02, précité.

¹⁹⁰⁹ Pour une analyse comparée des logiques respectives des droits continentaux et des droits de *common law* en matière de conflit de procédures, voir *infra*, n°s 512-521.

¹⁹¹⁰ Voir notamment Dominique BUREAU, Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, PUF, 4^{ème} éd., 2017, xvi-793 p., spéc. n° 176, p. 211 ; Bernard SCHNEIDER, « Le *forum conveniens* et le *forum non conveniens* (en droit écossais, anglais et américain) », *RIDC*, 1975, pp. 601-642.

n'entretenait pas de lien de rattachement avec un autre État contractant. Le Cour a considéré le recours à l'exception du *forum non conveniens* incompatible avec le jeu de la convention de Bruxelles¹⁹¹¹, en raison du caractère impératif des compétences prévues par les règlements européens de droit international privé et de la nécessité d'interpréter strictement les dérogations à cette règle prévues par la Convention, sous peine de porter atteinte à la sécurité juridique des parties. Selon la Cour, « l'application de la théorie du *forum non conveniens*, qui laisse une large marge de manœuvre au juge saisi quant à la question de savoir si un for étranger serait plus approprié pour trancher le fond d'un litige, est de nature à affecter la prévisibilité des règles de compétence posées par la convention de Bruxelles, en particulier celle de son article 2, et, par voie de conséquence, le principe de sécurité juridique en tant que fondement de cette convention »¹⁹¹². Il est dès lors permis de s'interroger sur la pérennité de cette solution : compte tenu du caractère discrétionnaire du déclinatoire de compétence dans les règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », il ne nous paraît pas cohérent d'écarter l'application de l'exception de *forum non conveniens* sur ce fondement. On nous opposera sans doute qu'à la différence de ce mécanisme qui n'est envisagé ni dans la convention de Bruxelles ni dans les règlements qui ont suivi en matière civile et commerciale, le déclinatoire de compétence est expressément prévu par les règlements adoptés en matière familiale patrimoniale et que dans l'arrêt *Owusu*, il aurait été mis en œuvre au profit de la juridiction d'un État tiers. S'agissant d'une faculté discrétionnaire cependant, le premier argument ne paraît pas déterminant, en particulier si l'on tient compte du fait que l'espace judiciaire européen est en construction et que le droit de l'Union doit, dans ce cadre, assurer la *coordination* des ordres juridiques nationaux. À cet égard, le *forum non conveniens* constitue un déclinatoire de compétence qui, certes, repose entre les mains du juge saisi, mais est destiné à servir la coordination des compétences entre les États potentiellement concernés par le litige. Le second ne nous paraît pas plus de nature à emporter la conviction, étant donné qu'il n'est pas assuré qu'une fois le déclinatoire mis en œuvre par la juridiction d'un État membre, la juridiction d'un autre État membre se reconnaisse compétente.

383. Deux mécanismes d'*opt-out* distincts. – Au-delà de ces similitudes qui caractérisent les règles énoncées aux articles 9 § 1 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » et les distinguent de règles proches figurant dans d'autres textes de droit international privé de la famille, la rédaction de ces deux articles impose de constater que la faculté d'*opt-out* ne peut s'exercer dans les mêmes conditions selon que le

¹⁹¹¹ CJCE, Gr. ch., 1^{er} mars 2005, *Owusu*, précité, point 37.

¹⁹¹² *Ibid.*, point 41.

litige porte sur le régime matrimonial d'un couple marié ou sur les effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré.

La faculté d'*opt-out* pouvant être exercée lorsque l'ordre juridique de la juridiction saisie ne connaît pas l'institution du partenariat enregistré paraît plus systématique. D'une part, c'est le *droit interne* de l'État qui est ici examiné : dès lors que cette institution est inconnue du droit matériel interne, le juge du for peut décliner sa compétence. D'autre part, le déclinatoire de compétence peut certes être mis en œuvre par la juridiction saisie à titre principal des effets patrimoniaux du partenariat enregistré sur le fondement de l'article 6 du règlement ; mais il peut également l'être par les juridictions saisies d'une question successorale ou d'une demande de dissolution ou d'annulation du partenariat qui, sur le fondement des articles 4 ou 5, respectivement, sont compétentes pour connaître des effets patrimoniaux du partenariat.

Sur ces deux points, le règlement « Régimes matrimoniaux » s'avère en revanche plus contraignant sur la possibilité pour une juridiction de décliner sa compétence. Premièrement, le texte de l'article 9 § 1 du règlement précise *in limine* que la faculté d'*opt-out* ne peut être exercée qu'« à titre exceptionnel »¹⁹¹³ et uniquement à la condition que le *droit conflictuel* de l'État dont relève la juridiction saisie ne permette pas la reconnaissance du mariage concerné. Ainsi, le règlement prévoit la possibilité pour une juridiction, dont le droit interne ne connaît pas le type de mariage en cause, de s'estimer compétemment saisie de la liquidation du régime matrimonial dans le cas où ses règles de conflit lui permettent, en vertu de l'effet atténué de l'ordre public, de reconnaître l'union en cause célébrée à l'étranger. La solution est connue en droit international privé commun français et admise de longue date en jurisprudence ; la reconnaissance en France de mariages polygamiques célébrés à l'étranger sans fraude et conformément à la loi applicable a ainsi pu permettre de leur faire produire, au bénéfice de la seconde épouse, des effets en matière alimentaire¹⁹¹⁴ ou successorale¹⁹¹⁵. L'article 9 § 1 du règlement permet au juge de transposer ces solutions, et les limites qui y ont été posées en présence d'une première épouse française¹⁹¹⁶, s'agissant des régimes matrimoniaux et ainsi de ne pas mettre en œuvre le déclinatoire de compétence. Mais cette restriction fait subsister l'insécurité juridique qui caractérise à nouveau le régime matrimonial des époux de même sexe dans les États à la législation prohibitive : si le mariage y est considéré nul en vertu de la loi

¹⁹¹³ La locution n'est pas reproduite à l'article 9 § 1 du règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » mais figure dans le considérant 36 relatif à ce déclinatoire de compétence.

¹⁹¹⁴ Civ., 29 janvier 1958, *Chemouni*, *RCDIP*, 1958, p. 110, note R. JAMBU-MERLIN ; *D.*, 1958, p. 265, note R. LENOAN ; *JCP*, 1958, II, 10488, note P. LOUIS-LUCAS ; *Clunet*, 1958, p. 776, note A. PONSARD ; *GADIP*, n°s 30-31 ; Civ. 1, 19 février 1963, *Chemouni*, *RCDIP*, 1963, p. 559, note G. HOLLEAUX ; *Clunet*, 1963, p. 986, note A. PONSARD ; *Rec. Gén. Lois*, 1963, p. 315, note G. A. L. DROZ ; *GADIP*, n°s 30-31.

¹⁹¹⁵ Civ. 1, 3 janvier 1980, *Beneddouché*, *RCDIP*, 1980, p. 331, note H. BATIFFOL ; *D.*, 1980, p. 549, 1^{ère} espèce, note É. POISSON-DROCOURT ; *Clunet*, 1980, p. 327, note M. SIMON-DEPITRE ; *GADIP*, n° 61.

¹⁹¹⁶ Civ. 1, 6 juillet 1988, *Baaziz*, *RCDIP*, 1989, p. 71, note Y. LEQUETTE.

applicable ou contraire à l'ordre public international, même atténué, la juridiction saisie *peut* décliner sa compétence. Secondement, contrairement à la solution retenue en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, le déclinatoire de compétence en matière de régimes matrimoniaux n'est pas envisagé lorsque la juridiction saisie l'est, sur le fondement de l'article 5, au titre de la concentration des compétences devant la juridiction saisie du divorce, de la séparation de corps ou de l'annulation du mariage. Dès lors, si la juridiction compétente en matière de régime matrimonial est la juridiction saisie de la dissolution, du relâchement ou de l'annulation du lien matrimonial, elle ne peut décliner sa compétence sur le fondement de l'article 9 § 1 du règlement « Régimes matrimoniaux ». Cette exception a pu être saluée, au regard de l'absence d'un tel mécanisme dans le règlement « Bruxelles II *bis* » en matière matrimoniale¹⁹¹⁷. Elle nous semble également cohérente avec les règles qui régissent l'instance directe en matière matrimoniale. En effet, si la juridiction d'un État membre hostile à certains types d'union est saisie d'un divorce sur le fondement du règlement « Bruxelles II *bis* », de deux choses l'une : sur le plan du conflit de lois, soit il s'agit d'un État membre participant au règlement « Rome III » et dans ce cas, l'article 13 du règlement permet au juge compétent de ne pas prononcer le divorce s'il considère que le mariage n'est pas valable¹⁹¹⁸ ; soit il s'agit d'un État membre non participant, et le juge pourra rejeter la demande sur le fondement de ses règles de droit commun. Dans les deux cas, si le juge refuse de statuer sur la question de la dissolution ou du relâchement du lien matrimonial parce qu'il considère le mariage invalide, la demande relative au régime matrimonial sera en tout état de cause sans objet. La solution de l'article 9 § 1 permet ainsi de ne pas empiéter sur le domaine du règlement « Bruxelles II *bis* ».

384. Avantages et limites du déclinatoire de compétence. – L'enchevêtrement des textes rend leur application malaisée et inconfortable. Cependant, une telle solution, comparable à celle qui a été mise en œuvre dans le règlement « Rome III », peut sans doute se prévaloir, par rapport à cette dernière, de l'avantage de la célérité. C'est en effet, par définition, au stade de la compétence et donc avant toute discussion sur le fond que le déclinatoire peut être mis en œuvre. Par ailleurs, la juridiction qui décide de décliner sa compétence doit le faire, en vertu de ces règlements, « sans retard indu »¹⁹¹⁹. Cette solution a également pour elle l'avantage d'instaurer une plus grande certitude juridique. Le rendu d'une décision au stade de l'examen de la compétence de la juridiction et non à celui du fond permet de prévenir le risque d'incompatibilité des décisions ou du moins d'incertitudes sur la compatibilité d'une décision

¹⁹¹⁷ Voir par exemple Natalie JOUBERT, *op. cit.*, n° 38, p. 14. Le règlement « Bruxelles II *ter* » ne connaît pas non plus de mécanisme similaire.

¹⁹¹⁸ Voir *supra*, n°s 378-380.

¹⁹¹⁹ Articles 9 § 1 *in fine* des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

rendue dans un autre État membre et dont la reconnaissance est demandée. Elle semble en outre moins absolue que celle de l'article 13 du règlement « Rome III » qui permet, en toutes circonstances, à une juridiction d'un État membre ne reconnaissant pas le mariage comme valide de refuser de prononcer le divorce. Les règlements relatifs aux conséquences patrimoniales des unions civiles encadrent un peu plus strictement l'étendue potentielle du déclinatoire de compétence et donc de la fragmentation casuistique de l'espace judiciaire européen.

Les articles 9 § 3 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » prévoient en effet que ce déclinatoire de compétence ne peut être mis en œuvre « lorsque les parties ont obtenu un divorce, une séparation de corps ou une annulation du mariage qui est susceptible d'être reconnu dans l'État membre du for » dans le premier cas, « lorsque les parties ont obtenu une dissolution ou une annulation du partenariat enregistré qui est susceptible d'être reconnue dans l'État membre du for » dans le second. Se pose dès lors la question de l'identification des décisions susceptibles d'être reconnues dans l'État membre du for. Pour y répondre, et ainsi évaluer la possibilité pour le juge de mettre en œuvre le déclinatoire de compétence, il est nécessaire de vérifier s'il existe un motif de non-reconnaissance de la décision rendue en matière matrimoniale ou de dissolution ou d'annulation du partenariat enregistré sur le fondement du texte pertinent¹⁹²⁰. Parmi les motifs prévus, par le règlement « Bruxelles II *bis* » dans le premier cas et par les règles de droit commun dans le second, il convient en particulier de déterminer le degré de réaction de l'ordre public du for. Nécessairement atténué dans le cadre d'une instance indirecte, il n'en est pas pour autant un ordre public nul : une décision pourrait donc ne pas être reconnue sur son fondement si elle contrariait gravement les valeurs de l'ordre juridique du for. Les cas de figure sont certainement réduits. Mais, par hypothèse, l'examen de ce motif sert ici à déterminer la possibilité pour le juge saisi d'une question relative au régime matrimonial ou aux effets patrimoniaux du partenariat enregistré de décliner sa compétence. Il s'insère donc dans le cadre d'un mécanisme de protection des conceptions nationales — le déclinatoire de compétence —, qu'il peut venir renforcer. Le cadre de l'examen peut ainsi avoir une influence sur l'appréciation du heurt des

¹⁹²⁰ Article 22 du règlement « Bruxelles II *bis* » (article 38 du règlement « Bruxelles II *ter* ») en matière matrimoniale, et le droit international privé commun s'agissant des partenariats enregistrés. En droit français, il convient de se reporter aux conditions de l'effet des jugements telles qu'elles ressortent de l'arrêt *Cornelissen* (Civ. 1, 20 février 2007, *RCDIP*, 2007, p. 420, note B. ANCEL, H. MUIR WATT ; *D.*, 2007, p. 1115, note L. D'AVOUT, S. BOLLÉE ; *Ibid.*, pan., p. 1751, obs. F. JAULT-SESEKE ; *JDI*, 2007, p. 1195, note F.-X. TRAIN ; *JCP G*, 2007, act. 107, note C. BRUNEAU) : la compétence internationale indirecte du juge étranger, l'absence de fraude à la loi et la conformité à l'ordre public international français. La compétence internationale indirecte du juge étranger suppose que les tribunaux français ne se soient pas vus reconnaître une compétence exclusive en la matière, que le juge étranger ait avec le litige un lien caractérisé et enfin que le choix des parties de le saisir n'ait pas été frauduleux (Civ. 1, 6 février 1985, *Simitch*, *RCDIP*, 1985, p. 243, chron. P. FRANCESCAKIS ; *Clunet*, 1985, p. 460, note A. HUET ; *D.*, 1985, p. 469, note J. MASSIP ; *Ibid.*, IR, p. 497, obs. B. AUDIT ; *GADIP*, n° 70).

valeurs de l'ordre juridique du for. C'est à nouveau la situation des couples de même sexe qui semble gouvernée par la plus grande insécurité juridique.

L'influence du contexte de l'analyse de la réaction de l'ordre public peut varier selon le domaine concerné. En effet, la dissolution et l'annulation des partenariats enregistrés relevant du droit international privé commun des États membres, la marge de manœuvre des États dépend pour l'instant de leur droit national et peut donc être assez large. En revanche, le divorce, la séparation de corps et l'annulation du mariage relevant, en matière de conflit de juridictions, du règlement « Bruxelles II *bis* », cette marge est en principe encadrée par le droit de l'Union européenne. La question est donc de savoir si un État membre peut refuser de reconnaître pour contrariété à son ordre public international, sur le fondement de l'article 22, *littera a*, du règlement « Bruxelles II *bis* »¹⁹²¹, une décision prononçant un divorce, une séparation de corps ou l'annulation d'un mariage entre personnes de même sexe en raison du défaut d'altérité des sexes entre les époux. La question est peut-être moins épineuse concernant l'annulation du mariage qui anéantit rétroactivement le lien matrimonial et n'implique pas de reconnaître qu'il a valablement existé dans un premier temps. Elle l'est plus, cependant, s'agissant du divorce et de la séparation de corps qui supposent nécessairement de reconnaître l'existence d'un lien matrimonial valable. Le règlement « Bruxelles II *bis* », ayant été adopté à une époque où seuls les Pays-Bas avaient légalisé le mariage homosexuel, ne se prononce pas directement sur la question. Une première solution pourrait conduire à considérer, comme l'indique Isabelle Barrière-Brousse, que l'encadrement européen de la notion d'ordre public international et le respect des droits fondamentaux rendent un tel motif de refus de reconnaissance incompatible avec le règlement¹⁹²². Une analyse comparée des dispositions du règlement « Régimes matrimoniaux » relatives à la reconnaissance des décisions abonde en ce sens : si l'article 37 de ce texte fait de la contrariété à l'ordre public de l'État membre requis un motif de non-reconnaissance de la décision d'origine, l'article 38 précise que « [l]es juridictions et les autorités compétentes des États membres appliquent l'article 37 du présent règlement dans le respect des droits et principes fondamentaux consacrés par la Charte, et notamment son article 21 relatif au principe de non-discrimination ». Dans le cadre de l'instance indirecte, le règlement « Régimes matrimoniaux » ne permet donc pas à la juridiction saisie de se prévaloir particulièrement du respect de ses conceptions nationales, et le refus de reconnaissance d'une décision relative aux régimes matrimoniaux en raison du défaut d'altérité des sexes des époux paraît contraire à la Charte. Une seconde solution cependant, fondée sur l'interprétation systémique que la Cour elle-même encourage, incite à prendre en compte le contexte législatif

¹⁹²¹ Article 38, *littera a*, du règlement « Bruxelles II *ter* ».

¹⁹²² Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE, *op. cit.*, n° 3, p. 489.

en matière matrimoniale, et donc les règlements « Rome III » et « Régimes matrimoniaux » qui manifestent une volonté vive des États membres participants comme non participants de protéger leurs conceptions nationales et leur permet de tirer, dans le domaine des règlements, les conséquences de la non-reconnaissance de certaines unions.

Dans un tel contexte législatif, aucune de ces deux solutions ne permet de concrétiser l'unité du droit de l'Union et la confiance mutuelle entre les États membres telles qu'entendues jusqu'à présent par la Commission et la Cour de justice : la première « donn[e] un certain crédit à l'attitude réservée des autorités hongroises et polonaises »¹⁹²³ qui sans garantie quant au caractère intangible de leurs conceptions nationales, ont refusé de participer à ces coopérations renforcées ; la seconde conduit à faire prévaloir le respect des conceptions nationales sur l'unité du droit de l'Union et met en lumière les différences entre les États membres.

385. Conclusion de la Section. – Transition. – Alors que la nécessité d'un tel procédé pour mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions est déjà contestable¹⁹²⁴, l'uniformisation des règles de compétence internationale et des règles de conflit de lois échoue à garantir l'unité recherchée de l'espace judiciaire européen. Elle suscite, d'une part, des réserves de la part des États membres en amont de l'adoption des règlements en matière familiale qui se traduisent par l'élaboration de régimes dérogatoires de participation aux textes relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Mais elles s'expriment également, d'autre part, dans le cadre de l'application des textes adoptés, lorsque les juridictions des États membres participants disposent d'une faculté de ne pas appliquer le texte en fonction des circonstances du litige. Ces réserves nationales contredisent dès lors l'affirmation d'une confiance mutuelle absolue entre États membres de manière générale, et entre États membres participant à une coopération renforcée, conduisent à morceler l'espace judiciaire européen. Mais si l'unité du droit de l'Union européenne est menacée par une fragmentation qui caractérise son élaboration en matière familiale, elle l'est également par les mesures adoptées par les États dans le cadre de l'exercice de leurs compétences, qui forment le contexte juridique national de réception des textes européens.

¹⁹²³ *Ibid.*

¹⁹²⁴ Pour une analyse critique des liens entre uniformisation des règles de compétence internationale et de conflit de lois et reconnaissance mutuelle des décisions, voir *supra*, n^{os} 210-230.

SECTION 2 : LES RÉACTIONS NÉGLIGÉES : LE CONFLIT ENTRE L'IDENTITÉ EUROPÉENNE ET LES IDENTITÉS NATIONALES

386. Plan. – Le mouvement de remise en cause politique de la confiance se traduit d'ores et déjà juridiquement dans les règles déterminant l'applicabilité et l'application des règlements européens. Il se poursuit et pourrait s'accroître à l'avenir dans les domaines qui restent de la compétence des États membres mais sont en lien étroit avec les questions relevant du droit de l'Union. En effet, du fait du partage des compétences et du domaine restreint des règles européennes en matière familiale, certaines notions continuent de relever aujourd'hui de la compétence des États membres. Or, ces derniers ont su montrer, en matière familiale, ou plus largement en matière civile, leur capacité à recourir à ces bastions de compétence nationale pour limiter, de manière ponctuelle, les conséquences des textes européens sur la « circulation » des décisions rendues dans un autre État membre (I). Les réserves des États membres en matière de confiance mutuelle et leur volonté de défendre des valeurs essentielles ou des droits fondamentaux garantis par leur ordre juridique pourraient par ailleurs les conduire, de manière plus systématique, à activer ou à réactiver des mécanismes de protection, dans une optique contestataire, que cela soit prévu ou défendu par le droit de l'Union (II).

I. La mobilisation possible du domaine de compétence des États membres pour limiter la « circulation » de décisions émanant d'un autre État membre

387. Plan. – Les mécanismes dont il est ici question sont loin d'être la règle actuellement et tous ne concernent pas la matière familiale. Leur existence dans un contexte plus large de contestation de la légitimité du droit de l'Union incite cependant non seulement à la constater mais aussi à surveiller leur évolution. La mobilisation des compétences nationales à des fins de contrôle ou de protection des valeurs essentielles du for pourrait intervenir, d'une part, en aval de l'application du droit conflictuel de l'Union européenne, dans le cadre de l'exécution des décisions. Une telle évolution, qui pourrait se traduire par l'ajout de conditions d'exécution d'une décision rendue par la juridiction d'un autre État membre, n'est certes pas encore advenue en matière familiale. Mais sa concrétisation en matière civile incite à envisager son extension au domaine qui nous occupe (A). En amont, d'autre part, des mouvements de repli de certains États membres sur celles de leurs conceptions nationales qui continuent de relever de leur compétence souveraine s'observent singulièrement en matière familiale. En particulier, la définition du mariage adoptée dans ces États poursuit le but non dissimulé d'empêcher l'admission, sous une forme quelconque, du mariage entre personnes de même sexe (B).

A. Réflexion prospective sur les règles relatives à l'exécution des décisions

388. Le constat d'une protection défailante des droits fondamentaux. – Le recul de la protection des valeurs essentielles du for prévue par le droit de l'Union européenne dans le cadre de l'exécution des décisions en matière familiale est incontestable. Il se justifie en théorie par une conception très volontaire de la confiance mutuelle retenue par le droit de l'Union européenne et se constate en pratique, que l'*exequatur* soit purement et simplement supprimé ou qu'il soit fortement allégé. Dans ce dernier cas en effet, lorsque l'attribution de la force exécutoire à une décision rendue dans un État membre dépend d'un simple contrôle formel effectué par les autorités de l'État membre d'exécution, la protection des valeurs essentielles du for est tributaire du recours éventuellement exercé par la personne contre laquelle l'exécution est demandée. Or, le recours peut ne pas être exercé pour des raisons diverses — parmi lesquelles une méconnaissance du droit, des moyens financiers insuffisants, une évaluation bénéfice/risque défavorable à une action quelconque ; dans ce cas, un contrôle substantiel de la décision ne peut pas être effectué dans le cadre de l'*exequatur*.

389. Une procédure d'exécution relevant du droit national. – En revanche, ce contrôle pourrait, dans certains États, trouver sa place dans le cadre de la procédure d'exécution elle-même. En effet, les règlements européens portant sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, notamment en matière familiale, déterminent les conditions auxquelles une décision rendue dans un État membre peut avoir des effets dans les autres États membres. Néanmoins, ils ne régissent pas l'exécution, *i.e.* les modalités de mise en œuvre effective des décisions internes ou intégrées à l'ordre juridique interne, qui, elles, relèvent du droit national des États membres¹⁹²⁵. Or, les droits nationaux relatifs à l'exécution des décisions peuvent être l'occasion d'un contrôle de la décision étrangère.

En France, en vertu de l'article 502 du Code de procédure civile, la seule « présentation d'une expédition revêtue de la formule exécutoire » suffit en principe à la mise à exécution de cette décision. Mais certains États membres la subordonnent à une procédure propre. C'est notamment le cas de l'Espagne, de l'Autriche et de l'Allemagne¹⁹²⁶. Comme le constate Maria López de Tejada, dans les deux premiers États, le créancier doit demander, dans le cadre d'une procédure spécifique, l'exécution de la décision en cause, qu'il s'agisse d'une décision

¹⁹²⁵ Le principe, selon lequel la procédure d'exécution relève du droit national de l'État membre d'exécution, est rappelé dans certains règlements adoptés en droit international privé de la famille : articles 23 § 1 du règlement « Bruxelles II », 47 § 1 du règlement « Bruxelles II bis », 21 § 1 et 41 § 1 du règlement « Aliments », et 51 § 1 et 57 du règlement « Bruxelles II ter ». Les règlements comportent certaines dispositions en matière d'exécution, qui peuvent notamment déterminer un seuil de droits à accorder aux parties dans le cadre de l'exécution (voir *supra*, n° 323) mais elles restent marginales.

¹⁹²⁶ Sur la procédure respectivement suivie dans chacun de ces États, voir María LÓPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, LGDJ, 2013, 462 p., spéc. n°s 187-188, pp. 167-168.

nationale ou étrangère, et obtenir un mandat ou une autorisation d'exécution¹⁹²⁷. Ainsi, la décision étrangère, même si elle a été revêtue, dans le cadre de sa circulation transfrontière, d'une force exécutoire automatique, est soumise à cette procédure d'obtention d'un titre d'exécution. En Espagne, le titre d'exécution est délivré après un examen formel de la décision, et un recours est possible permettant au débiteur à l'exécution de la contester, pour des motifs de fond comme de forme. En Autriche, l'autorisation est délivrée par le juge compétent « après avoir vérifié que les conditions matérielles d'exécution forcée sont bien remplies et procédé, si besoin, aux ajustements nécessaires de la décision en vue de son exécution forcée »¹⁹²⁸. En Allemagne, une autorisation d'exécution est également requise, pour les décisions locales comme pour les décisions étrangères et le débiteur peut s'opposer à l'exécution de la décision¹⁹²⁹.

390. Une voie de contournement de la suppression de l'*exequatur*. – Il est remarquable que dans ce dernier État, la disparition de l'*exequatur* au sein de l'Union européenne a pu être spécifiquement prise en compte pour renforcer la procédure d'exécution. Il en a été ainsi dans le cadre de la loi d'introduction du règlement « TEE » dans l'ordre juridique allemand qui a spécialement prévu que la disposition du *BGB* énonçant la possibilité de contester l'exécution pour des motifs qui n'ont pas pu être soulevés dans le cadre de l'instance directe s'applique aux titres exécutoires européens¹⁹³⁰. Cette précision a été perçue comme une volonté délibérée de « contourner l'abolition de l'*exequatur* »¹⁹³¹.

Dès lors, en l'absence d'uniformisation du droit de l'exécution, la circulation des décisions n'est pas assurée de manière uniforme, alors même que l'*exequatur* aura été supprimé. Compte tenu du précédent allemand et du contexte actuel de réserve manifestée par certains États membres vis-à-vis du droit de l'Union européenne, une attention particulière mérite d'être apportée aux procédures relatives à l'exécution des décisions adoptées sur le fondement d'un règlement européen en matière familiale. Elles pourraient constituer un moyen de rétablir, à un autre stade, le contrôle supprimé ou différé en matière d'*exequatur*.

391. Vers un retour de l'*exequatur* ? – Il est permis, à cet égard, de se demander si le législateur européen n'a pas tenté, à l'occasion de l'adoption du règlement « Bruxelles II *ter* », d'anticiper le potentiel transfert à la matière familiale de ce qu'il a perçu comme un risque pour l'unité du droit de l'Union. C'est ainsi que l'on peut essayer d'expliquer la réintroduction, *au stade de l'exécution*, de la possibilité de contester une décision en matière de responsabilité

¹⁹²⁷ *Ibid.*

¹⁹²⁸ *Op. cit.*, n° 187, p. 167.

¹⁹²⁹ *Op. cit.*, n° 188, p. 168.

¹⁹³⁰ Gilles CUNIBERTI, « Recognition of foreign judgments lacking reasons in Europe : Access to justice, foreign court avoidance and efficiency », *ICLQ*, 2008, pp. 25-52, spéc. p. 51.

¹⁹³¹ *Ibid.*

parentale sur le fondement des motifs de refus de reconnaissance¹⁹³², qui, traditionnellement, permettent également de refuser l'*exequatur* de la décision¹⁹³³. Dans ce règlement, ces derniers encadrent les motifs de refus d'exécution prévus par le droit national¹⁹³⁴. Le procédé nous semble contestable. D'une part, en rétablissant un contrôle de la décision, supposée intégrée dans l'ordre juridique interne, au regard de l'ordre public international, il contrevient à la logique conflictuelle et révèle le caractère artificiel de la suppression de l'*exequatur*¹⁹³⁵. D'autre part, en imposant une différenciation des décisions internes et intégrées à l'ordre juridique interne au stade de l'exécution, il nous paraît porter une atteinte excessive au principe d'autonomie procédurale des États membres¹⁹³⁶. En définitive, le règlement « Bruxelles II *ter* » met tout particulièrement en relief la nécessité d'une réflexion renouvelée sur le maintien d'une procédure d'*exequatur* protectrice des droits fondamentaux des parties.

B. Un repli identitaire de certains États membres sur la conception nationale du mariage

392. Les questions préalables de statut personnel, facteurs de fragmentation du droit de l'Union. – Les limites matérielles de l'intégration conduisent à évaluer les rapports et influences réciproques du droit de l'Union et des droits nationaux des États membres. De ce point de vue, il nous paraît nécessaire de tenir compte du fait qu'une crispation des États membres sur des conceptions nationales fragilise inmanquablement l'argument relatif à la poursuite de l'unité du droit de l'Union européenne. Ce risque de sape de l'espace judiciaire civil européen en matière familiale peut se manifester, d'une part, classiquement, dans le cadre du déclenchement de l'exception d'ordre public international. Celle-ci pourrait s'opposer à la validation, dans le cadre d'une instance directe, ou à la réception, dans le cadre d'une instance indirecte, d'un rapport de droit non régi mais affecté par le droit de l'Union européenne. Il pourrait survenir, d'autre part, dans le cadre de l'examen, par une juridiction saisie d'un litige sur le fondement d'un règlement de l'Union, de sa faculté unilatérale et ponctuelle de retrait du texte¹⁹³⁷. C'est donc principalement de l'examen des questions préalables de statut personnel, notamment relatives au mariage et à la condition d'altérité des sexes des époux, que provient le

¹⁹³² Article 41 du règlement « Bruxelles II *ter* ».

¹⁹³³ Sur ce point, voir *supra*, n° 324.

¹⁹³⁴ Selon l'article 57 du règlement « Bruxelles II *ter* », « [l]es motifs de suspension ou de refus de l'exécution prévus par le droit de l'État membre d'exécution s'appliquent *pour autant qu'ils ne soient pas incompatibles* avec l'application » de l'article 41, notamment. C'est nous qui soulignons.

¹⁹³⁵ Voir *supra*, n° 324.

¹⁹³⁶ Sur ce principe en droit de l'Union, voir CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, *Rec.*, 1976, p. 1989 et CJCE, 16 décembre 1976, *Comet*, aff. 45/76, *Rec.*, 1976, p. 2043. Pour le commentaire de ces arrêts, voir *RTD eur.*, 1977, p. 93, note G. NAFILYAN.

¹⁹³⁷ Sur cette faculté, offerte par plusieurs règlements, voir *supra*, n°s 377-384.

risque. Or, un mouvement de rétraction des États sur leurs conceptions nationales se laisse observer depuis deux décennies de la part, à la fois des États qui n'ont pas autorisé, voire ont interdit, le mariage entre personnes de même sexe avant l'adoption des règlements européens, et de ceux qui ont choisi d'interdire de manière radicale la célébration et la reconnaissance de telles unions dans le contexte de construction de l'espace judiciaire civil européen en matière familiale.

393. Législations prohibitives antérieures à l'adoption des règlements européens. – La première catégorie d'États n'est pas homogène. Tout d'abord, parmi eux, certains avaient explicitement adopté une conception hétérosexuelle du mariage dans leur constitution avant même leur adhésion à l'Union européenne. C'est le cas de la Bulgarie en 1991¹⁹³⁸, de la Lituanie en 1992¹⁹³⁹ et de la Pologne en 1997¹⁹⁴⁰, qui toutes conçoivent le mariage comme « l'union d'un homme et d'une femme ». C'est ici, certes, la définition matérielle du mariage qui est exposée, et qui empêche la célébration d'un mariage homosexuel dans ces États ou à l'étranger d'après les droits bulgare, lituanien et polonais. Ces textes n'interdisent pas explicitement la reconnaissance d'une telle union si elle a été valablement célébrée à l'étranger. Mais leur rang constitutionnel conduit à penser que cette conception du mariage peut être considérée comme étant d'ordre public international. Elle serait donc de nature à s'opposer non seulement à la validation d'un mariage célébré à l'étranger conformément à une loi étrangère¹⁹⁴¹, mais aussi, au-delà, à leur faire produire un effet quelconque dans l'ordre juridique national. Le rappel formulé par le Tribunal constitutionnel polonais dans sa décision *Traité relatif à l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne*¹⁹⁴² tend à appuyer cette conclusion. Selon le Tribunal en effet, « [e]n vertu de l'article 18 de la Constitution, le mariage en tant qu'union de la femme et de l'homme a acquis dans le droit national de la République de Pologne un état constitutionnel distinct. La révision dudit état serait possible uniquement en application des restrictions de la procédure applicable lors de la révision de la Constitution, définies à son article 235 ; en aucun

¹⁹³⁸ Article 46 § 1 de la Constitution de la République de Bulgarie du 12 juillet 1991, [en ligne], consulté le 10 juin 2019 : « Le mariage est une union librement conclue entre un homme et une femme ». URL : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/bg1991.htm>.

¹⁹³⁹ Article 38 § 3 de la Constitution de la République de Lituanie du 25 octobre 1992, [en ligne], consulté le 10 juin 2019 : « Le mariage se conclut par le libre consentement d'un homme et d'une femme ». URL : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/lt1992.htm>.

¹⁹⁴⁰ Article 18 de la Constitution de la République de Pologne du 2 avril 1997, [en ligne], consulté le 10 juin 2019 : « La République de Pologne sauvegarde et protège le mariage en tant qu'union de la femme et de l'homme ». URL : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/pl1997.htm>.

¹⁹⁴¹ Hugues FULCHIRON, « Le "mariage pour tous" dans l'ordre international : entre articulation et confrontation des normes », Juges constitutionnels et doctrine. Constitutions et transitions, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2015, n° XXX-2014, pp. 177-187, spéc. p. 184.

¹⁹⁴² Tribunal constitutionnel polonais, 11 mai 2005, *Traité relatif à l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne*, K 18/04. Le résumé en français de la décision est disponible sur le site du tribunal à l'adresse suivante : http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_18_04_FR.pdf (consulté le 1^{er} juillet 2019).

cas, ladite révision ne pourrait s'effectuer par la ratification d'un traité »¹⁹⁴³. Le Tribunal va plus loin, en précisant que « [l']interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, formulée à l'article 13 du traité CE [désormais, l'article 19 TFUE], s'applique aux personnes physiques (le cas échéant également aux organisations). En revanche, ladite interdiction ne s'applique pas à l'institution du mariage en tant que telle »¹⁹⁴⁴.

Ensuite, dans d'autres États, la prohibition du mariage homosexuel et l'impossibilité de reconnaître ceux qui ont été valablement célébrés à l'étranger résulte non pas directement des termes du texte constitutionnel, mais de son interprétation par les cours suprêmes nationales. Ainsi de l'Italie, dont la Constitution énonce, en son article 29 : « La République reconnaît les droits de la famille en tant que société naturelle fondée sur le mariage. Le mariage repose sur l'égalité morale et juridique des époux dans les limites fixées par la loi pour garantir l'unité de la famille ». La Cour constitutionnelle italienne a été amenée à se prononcer sur la question à l'occasion d'une affaire dans laquelle était contestée la constitutionnalité de l'impossibilité pour un couple homosexuel d'accéder à une quelconque reconnaissance juridique en Italie¹⁹⁴⁵. La juridiction suprême retient une conception hétérosexuelle du mariage. Pour cela, elle se fonde, d'une part, sur la lettre¹⁹⁴⁶ du Code civil italien¹⁹⁴⁷ et sur les travaux doctrinaux, ceux de l'Assemblée constituante qui se serait fondée sur la conception hétérosexuelle du mariage retenue dans le Code civil pour rédiger l'article 29 de la Constitution, et la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle procède, d'autre part, à une interprétation systémique de la Constitution qui « garantit la protection des enfants immédiatement après le droit au mariage, d'où elle tire que le but du mariage est bien la procréation, ce qui en exclut par construction les couples homosexuels »¹⁹⁴⁸. Estimant que rien dans ce texte ne permet de considérer la reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe comme un impératif constitutionnel, elle en déduit que le défaut de reconnaissance du mariage homosexuel en droit italien n'est pas contraire à la

¹⁹⁴³ Résumé de la décision *Traité relatif à l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne*, précité, point 29.

¹⁹⁴⁴ *Ibid.*, point 30.

¹⁹⁴⁵ Cour constitutionnelle italienne, 14 avril 2010, n° 138/2010, disponible en italien à l'adresse suivante : <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2010&numero=%20138>.

¹⁹⁴⁶ Sur les conditions pour contracter mariage en Italie, parmi lesquelles l'altérité des sexes des époux, voir Léonardo LENTIL, Umberto ROMA, V° « Législation comparée : Italie. Mariage et dissolution », *JCl. Notarial Répertoire*, fasc. 2, 1^{er} juin 2007, spéc. n° 7.

¹⁹⁴⁷ Cette démarche est confortée dans un arrêt Cour constitutionnelle italienne, 11 juin 2014, n° 170/2014, disponible en italien à l'adresse suivante : <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=170>. Sur cet arrêt et son interprétation par la doctrine constitutionnaliste italienne, voir Isabelle BOUCOBZA, Eleonora BOTTINI, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit constitutionnel comparé : Italie », *Juges constitutionnels et doctrine. Constitutions et transitions*, *op. cit.*, pp. 135-143, spéc. pp. 142-143.

¹⁹⁴⁸ Maria Daniela POLI, « Le mariage homosexuel dans les jurisprudences constitutionnelles », *RIDC*, vol. 66, 2014, n° 3, pp. 843-856, spéc. p. 851.

Constitution, relève d'un choix politique, et qu'il ne lui appartient pas, dès lors, de se substituer au législateur en étendant le mariage aux couples de personnes de même sexe¹⁹⁴⁹.

Interrogée sur la possibilité pour un couple homosexuel marié à l'étranger de faire transcrire les actes étrangers dans les registres italiens¹⁹⁵⁰ puis au sujet du refus de publication des bans opposé à un couple homosexuel¹⁹⁵¹, la Cour de cassation italienne a également retenu, en adoptant une « lecture fermée »¹⁹⁵² des dispositions constitutionnelles en cause, une conception hétérosexuelle du mariage. Compte tenu de son objet et du raisonnement suivi par la Cour, le premier arrêt éclaire particulièrement le contexte de mise en œuvre de l'ensemble des règlements européens rattachés à la matière matrimoniale, l'Italie participant tant au règlement « Rome III » qu'au règlement « Régimes matrimoniaux ». Franck Laffaille relève que la Cour se fonde sur un « "postulat implicite" découlant du droit positif et des "traditions culturelles". Le juge mentionne l'existence d'une "consolidée et ultra-millénaire notion de mariage (...)" reposant sur un "postulat non arbitraire, mais fondé sur d'antiques et partagées traditions culturelles ("l'ordre naturel" exige la diversité des sexes des conjoints), avant d'être juridiques (...)" »¹⁹⁵³, pour refuser de faire produire des effets dans l'ordre juridique italien à un mariage homosexuel célébré à l'étranger. L'étude du détail du raisonnement de la Cour révèle qu'elle amorce un dialogue avec le juge constitutionnel italien en proposant une nouvelle lecture de l'article 29 de la Constitution italienne. La Cour de cassation italienne abandonne en effet ici la conception « naturaliste »¹⁹⁵⁴ de la condition d'altérité des sexes des époux en droit italien pour la situer temporellement et dans un ordre juridique donné. Or, elle considère « obsolète la jurisprudence antérieure »¹⁹⁵⁵ qui percevait traditionnellement le mariage comme une union entre un homme et une femme, « tant elle n'apparaît "plus adaptée à la réalité juridique actuelle" »¹⁹⁵⁶. Ainsi, elle ne considère pas l'impossibilité de transcrire les actes de mariage étrangers en cause à raison de l'invalidité de l'union mais de « son *absence d'effet juridique* dans l'ordonnancement national »¹⁹⁵⁷. Pour l'heure, les juges constitutionnels ultramontains ne se sont pas engagés en retour dans cette voie et pourraient s'estimer confortés dans leur analyse par l'abstention du législateur italien sur la question au moment de l'adoption de l'union civile qui octroie un statut juridique aux couples de personnes de même sexe. Dès

¹⁹⁴⁹ *Op. cit.*, pp. 850-851. Voir également Isabelle BOUCOBZA, Eleonora BOTTINI, *op. cit.*, p. 137.

¹⁹⁵⁰ Cour de cassation italienne, 15 mars 2012, n° 4184. Voir sur cet arrêt, Franck LAFFAILLE, « De nouveaux droits pour les couples homosexuels... hors mariage », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2013, pp. 62-65.

¹⁹⁵¹ Cour de cassation italienne, 9 février 2015, n° 2400.

¹⁹⁵² Franck LAFFAILLE, *op. cit.*, p. 64.

¹⁹⁵³ *Ibid.*

¹⁹⁵⁴ *Op. cit.*, p. 65.

¹⁹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁹⁵⁶ *Ibid.*, citant l'arrêt Cour de cassation italienne, 15 mars 2012, n° 4184.

¹⁹⁵⁷ *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

lors, à moins d'une résistance des juges du fond ou d'un soubresaut herméneutique de la Cour constitutionnelle, il semble, d'une part, que la faculté de retrait laissée par certains règlements européens ait de bonnes chances d'être exercée par les juges italiens, et d'autre part que l'ordre public international italien puisse continuer à être mobilisé pour s'opposer à la reconnaissance de décisions visant à faire produire des conséquences à un mariage entre personnes de même sexe.

394. Législations prohibitives adoptées concomitamment aux règlements européens. –

Dans une seconde catégorie d'États, les évolutions juridiques en matière familiale depuis une quinzaine d'années accompagnent, tout en s'y opposant frontalement, les mouvements d'uniformisation des règles de conflit et de libéralisation de la « circulation » des décisions au sein de l'Union européenne. Ces modifications traduisent une volonté intransigeante de protéger la conception du mariage en vigueur dans ces États et le défaut de confiance mutuelle qui met à mal la poursuite de l'unité du droit de l'Union européenne. La réglementation matérielle ou conflictuelle du mariage dans une partie des États membres évolue en effet dans le sens de la manifestation d'une franche hostilité à la réception de certaines formes d'union, principalement les unions homosexuelles, sans aucun doute visées politiquement¹⁹⁵⁸ — quoique certaines formulations adoptées pourraient être perçues comme incluant également les mariages polygamiques si l'attention se portait non sur la condition d'altérité des sexes mais sur l'unicité du lien. L'absence de définition du mariage dans les règlements qui y sont directement rattachés — à savoir les règlements « Bruxelles II *bis* », « Bruxelles II *ter* » et « Rome III » en matière de prononcé du divorce, « Aliments » et « Régimes matrimoniaux » s'agissant des effets patrimoniaux du mariage et de sa dissolution — et les possibilités de retrait offertes aux États membres dont la législation est prohibitive par les règlements « Rome III » et « Régimes matrimoniaux » n'ont manifestement pas suffi à contenter des États désireux de priver ces unions de tout effet dans leur ordre juridique.

Parmi ces États, les plus nombreux sont ceux qui ont introduit une condition d'altérité des sexes des époux dans leur constitution nationale. Il s'agit, dans l'ordre chronologique, de

¹⁹⁵⁸ Voir par exemple s'agissant de la Hongrie, András BRAGYOVA, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit constitutionnel comparé : Hongrie », *Juges constitutionnels et doctrine. Constitutions et transitions, op. cit.*, pp. 97-102, spéc. p. 98 : « la loi fondamentale de 2011 [...] contient une définition du mariage en tant qu'union entre une femme et un homme en vue d'exclure toute autre forme de mariage. Par cette disposition la question constitutionnelle du mariage des personnes du même sexe est, semble-t-il, finie jusqu'à une nouvelle modification de la constitution ».

la Lettonie¹⁹⁵⁹, de la Hongrie¹⁹⁶⁰ et de la Slovaquie¹⁹⁶¹. Le premier État a procédé à une révision constitutionnelle un an et demi après son adhésion à l'Union européenne. Les amendements apportés aux constitutions nationales des deux autres l'ont été entre l'adoption du règlement « Rome III », auquel la Hongrie participe, et celle du règlement « Régimes matrimoniaux », auquel aucun de ces États ne participe, et sont donc d'autant plus significatifs qu'ils sont intervenus dans un contexte de réserves manifestées par certains États membres envers les impératifs de la construction de l'espace judiciaire civil en matière familiale. Il a certes été souligné qu'en Hongrie l'introduction explicite de la conception hétérosexuelle du mariage dans la constitution ne change rien au fond du droit tel qu'il était antérieurement conçu : les juges constitutionnels magyars ayant toujours retenu une telle conception dans leur interprétation de la disposition constitutionnelle protectrice du mariage, cette modification s'apparente à une codification à droit constant de la jurisprudence¹⁹⁶². Mais l'introduction de ce principe dans la lettre du texte résonne fortement comme une volonté d'établir fermement l'état du droit interne sur la question pour écarter toute hésitation ou la possibilité d'exploiter toute brèche dans le sens d'une ouverture, ne serait-ce qu'à la reconnaissance des mariages homosexuels célébrés à l'étranger. La constitutionnalisation formelle de l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe renforce en effet indubitablement cette considération en tant que composante de l'ordre public international des États membres concernés. Ces modifications constitutionnelles apparaissent dès lors comme la traduction juridique d'un fossé qui se creuse en matière matrimoniale entre une majorité des États membres de l'Est de l'Europe et les autres États membres de l'Union européenne ; l'on perçoit ici que la distance à parcourir se rallonge afin, d'une part, que ces États intègrent les coopérations renforcées en la matière et, d'autre part, une fois cette étape accomplie, que leurs juridictions ne fassent pas usage de leur faculté ponctuelle et unilatérale d'*opt-out*.

¹⁹⁵⁹ Article 110 de la Constitution de la République de Lettonie du 15 février 1992, [en ligne], consulté le 10 juin 2019 : « L'État garantit et soutient le mariage – c'est-à-dire l'union entre un homme et une femme –, la famille, les droits des parents et ceux de l'enfant. [...] ». L'incise entre tirets a été ajoutée lors de la révision constitutionnelle du 15 décembre 2005 dont elle constitue le seul objet. URL : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/lv1922.htm>.

¹⁹⁶⁰ Article L § 1 de la Loi fondamentale du 25 avril 2011, [en ligne], consulté le 10 juin 2019 : « La Hongrie protège l'institution du mariage en tant qu'union pour la vie en commun d'un homme et d'une femme établie par une décision délibérée, ainsi que la famille en tant que fondement de la vie de la nation ». URL : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/hu2011.htm#2>.

¹⁹⁶¹ La révision constitutionnelle du 4 juin 2014 a ajouté à l'article 41 § 1 de la Constitution slovaque du 3 septembre 1992, *in limine*, la précision suivante : « Le mariage est une union monogame entre un homme et une femme » : Constitution de la République slovaque du 3 septembre 1992, [en ligne], consulté le 10 juin 2019. URL : <https://www.ustavnysud.sk/ustava-slovenskej-republiky>.

¹⁹⁶² András JAKAB, Pál SONNEVEND, « Une continuité imparfaite : la nouvelle Constitution hongroise », *Jus Politicum*, n° 8, 2012, spéc. II. 2, [en ligne], consulté le 25 juin 2019. URL : <http://juspoliticum.com/article/Une-continue-imparfaite-la-nouvelle-Constitution-hongroise-558.html>.

Dans cette seconde catégorie, la Roumanie se distingue étant donné qu'elle n'a pas, pour l'instant¹⁹⁶³, introduit la condition d'altérité des sexes des époux dans sa constitution. L'article 48 § 1 de la Constitution roumaine énonce ainsi que « [l]a famille est fondée sur le mariage librement consenti entre les *conjoints*, sur leur égalité et sur le droit et le devoir des parents d'assurer la croissance, l'éducation et l'instruction des enfants »¹⁹⁶⁴. Cependant, le mariage est défini en droit civil¹⁹⁶⁵ interne comme une « union librement consentie entre un homme et une femme »¹⁹⁶⁶ et la célébration de mariages entre personnes de même sexe y est explicitement interdite¹⁹⁶⁷. Ces dispositions, concernant le droit roumain interne, n'emportent pas en principe, en matière conflictuelle, l'impossibilité de faire produire en Roumanie des effets à un mariage valablement célébré à l'étranger. L'effet atténué de l'ordre public, quoique cela ne s'imposerait avec aucune certitude, pourrait permettre la réception de telles unions au for. Mais le législateur roumain, semblant visiblement vouloir préserver l'ordre juridique roumain des vicissitudes de l'ordre public international, a introduit dans le nouveau Code civil de 2009, entré en vigueur en 2011, une disposition visant à exclure absolument la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger, que l'un au moins des époux soit roumain ou que tous deux soient étrangers¹⁹⁶⁸. La volonté du législateur roumain de s'opposer à ce que ces unions produisent un effet quelconque dans l'ordre juridique roumain est claire. Discutée dans le cadre de l'affaire *Coman*¹⁹⁶⁹, elle n'a pas été sanctionnée par la Cour constitutionnelle roumaine. En revanche, celle-ci a saisi la Cour de justice de

¹⁹⁶³ La Roumanie a organisé un référendum les samedi 6 et dimanche 7 octobre 2018 afin d'introduire dans la Constitution nationale la définition du mariage comme une union entre un homme et une femme. La participation ayant été inférieure (20,41 %) au taux de 30 % nécessaire à la validation d'un référendum, les 91,6 % des suffrages en faveur de l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe n'a eu aucun effet juridique. Voir sur ce référendum, « Roumanie : "oui" à l'interdiction du mariage gay lors d'un référendum invalidé par l'abstention », *Libération*, 8 octobre 2018, [en ligne], consulté le 26 juin 2019. URL : https://www.liberation.fr/planete/2018/10/08/roumanie-oui-a-l-interdiction-du-mariage-gay-lors-d-un-referendum-invalidé-par-l-abstention_1683933.

¹⁹⁶⁴ Constitution de la Roumanie du 8 décembre 1991, [en ligne], consulté le 26 juin 2019. URL : http://www.cdep.ro/pls/dic.site2015.page?den=act2_3&parl=2&idl=3. C'est nous qui soulignons.

¹⁹⁶⁵ Sur le droit roumain en matière matrimoniale, voir Daniela BORCAN, Manuela CIURUC, *Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée*, Juriscope, Dalloz, 2013, 748 p., spéc. pp. 117-148 ; Gheorghe CONSTANTIN JURCA, Madalina (Stan) BOTINA, Gabriela CONDURACHE, Stéphane GUÉRARD, V^o « Législation comparée : Roumanie », *JCl. Notarial Répertoire*, fasc. 1 - Droit de la famille, 27 janvier 2014.

¹⁹⁶⁶ Article 259 § 1 du Code civil roumain. Voir sur ce point Daniela BORCAN, Manuela CIURUC, *op. cit.*, p. 280 ; Gheorghe CONSTANTIN JURCA, Madalina (Stan) BOTINA, Gabriela CONDURACHE, Stéphane GUÉRARD, *op. cit.*, n° 19. L'article 259 § 2 réitère la condition d'altérité des sexes en énonçant : « L'homme et la femme ont le droit de se marier dans le but de fonder une famille ».

¹⁹⁶⁷ Article 277 § 1 du Code civil roumain. Voir sur ce point Daniela BORCAN, Manuela CIURUC, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Gheorghe CONSTANTIN JURCA, Madalina (Stan) BOTINA, Gabriela CONDURACHE, Stéphane GUÉRARD, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹⁶⁸ Article 277 § 2 du Code civil roumain.

¹⁹⁶⁹ Sur l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne dans cette affaire (CJUE, Gr. ch., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16 ; *AJDA*, 2018, p. 1603, chron. P. BONNEVILLE, E. BROUSSY, H. CASSAGNABÈRE, C. GÄNSER ; *AJ fam.*, 2018, p. 404, obs. G. KESSLER ; *D.*, 2018, p. 1674, note H. FULCHIRON, A. PANET ; *RTD eur.*, 2018, p. 673, obs. É. PATAUT ; *RTD civ.*, 2018, p. 858, obs. L. USUNIER ; *JCP G*, 2018, p. 874, note G. WILLEMS ; *Dr. fam.*, 2018, comm. 199, note J.-R. BINET), voir *supra*, n° 294, et *infra*, n° 395.

l'Union d'une question préjudicielle sur sa compatibilité avec la directive n° 2004/38 qui régit la circulation et le séjour sur le territoire des États membres des citoyens européens et de leur famille. La solution rendue pourrait avoir une influence déterminante sur l'étendue de l'obligation de reconnaissance des décisions et sur la volonté des États de participer à l'adoption des prochains règlements en matière familiale.

395. Arrêt *Coman*. – La Cour de Luxembourg a, dans cette affaire, obligé la Roumanie à reconnaître le mariage célébré en Belgique entre un ressortissant roumain et son époux de même sexe étatsunien, mais *aux seules fins de circulation* du couple. La Cour semble ménager la compétence des États membres en matière de mariage en affirmant que « l'obligation, pour un État membre, de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, *aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé* à un ressortissant d'un État tiers, *ne porte pas atteinte à l'institution du mariage* dans ce premier État membre, laquelle est *définie par le droit national* et relève, ainsi qu'il a été rappelé au point 37 du présent arrêt, de la *compétence des États membres*. Elle n'implique pas, pour ledit État membre, de prévoir, dans son droit national, l'institution du mariage entre personnes de même sexe. Elle est limitée à l'obligation de reconnaître de tels mariages, conclus dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, et cela *aux seules fins de l'exercice des droits que ces personnes tirent du droit de l'Union* »¹⁹⁷⁰. *A priori*, l'obligation de reconnaissance ne s'accompagne donc pas d'une obligation d'introduire cette union en droit interne. La doctrine est cependant dubitative sur le caractère réaliste d'une telle position en pratique¹⁹⁷¹, Marc Fallon y voyant même un « sophisme pour rassurer »¹⁹⁷². En particulier, la question se pose de savoir si les « droits que ces personnes tirent du droit de l'Union » s'étendent à la reconnaissance de leur mariage sur le terrain conflictuel, dans le cadre d'une action en dissolution du lien matrimonial, d'une demande d'aliments, de liquidation du régime matrimonial ou encore d'un litige successoral. Cet arrêt n'est ainsi qu'un exemple illustrant la tension qui existe entre les États membres et l'Union européenne, Cour de justice en tête, s'agissant de la définition du contenu de l'ordre public international et qui révèle des techniques que les États membres n'hésitent pas à mettre en œuvre ou pourraient réactiver en cas de confrontation frontale entre une valeur essentielle de leur droit national et un droit tiré du droit de l'Union.

¹⁹⁷⁰ CJUE, Gr. ch., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16, point 45. C'est nous qui soulignons.

¹⁹⁷¹ Emmanuelle BRIBOSIA, Isabelle RORIVE, « L'arrêt *Coman* : quand la Cour de justice contribue à la reconnaissance du mariage homosexuel », *JDE*, 2018, n° 253, pp. 344-347, spéc. p. 347.

¹⁹⁷² Marc FALLON, « Observations sous CJUE, 5 juin 2018, Gr. ch., *Coman*, C-673/16, EU:C:2018:385 », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2018, spéc. point 3.3, [en ligne], consulté le 5 février 2019. URL : <https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/observations-sous-cjue-5-juin-2018-gr-ch-coman-c-673-16-eu-c-2018-385.html>.

396. Conclusion du paragraphe. – Transition. – Les États membres disposent ainsi du ressort de mécanismes juridiques qui, en amont ou en aval de l'application des règles de conflit uniformes, permettent de limiter la « circulation » des décisions dont les conditions se sont libéralisées dans les règlements européens de droit de la famille. S'ils contredisent la vision d'une confiance absolue entre États membres et peuvent sensiblement affaiblir l'unité du droit de l'Union recherchée par les institutions européennes, ces mécanismes ne sont cependant pas de nature à remettre en cause les relations systémiques entre droits nationaux et droit de l'Union. C'est en revanche le cas, nous semble-t-il et comme il convient à présent de le démontrer, du recours contestataire à la protection identitaire de la part des États membres.

II. Le recours contestataire à la protection identitaire

397. La protection de l'identité nationale par le droit de l'Union européenne soulève la délicate question de l'équilibre entre le maintien des spécificités nationales et la construction d'un universel européen. « Unie dans la diversité », tout l'enjeu pour l'Union européenne est de parvenir à une balance raisonnable entre la reconnaissance de l'identité nationale des États membres, nécessaire à leur adhésion au projet européen, et la condition, perçue comme existentielle, d'uniformité du droit de l'Union¹⁹⁷³.

L'extrême délicatesse de l'entreprise explique sans doute la modestie qui affecte initialement la notion en droit de l'Union. Vaguement définie comme un ensemble de valeurs communes, l'identité des États membres est d'abord perçue comme un instrument de définition d'une identité européenne¹⁹⁷⁴. Mais les revendications nationales de protection de l'identité des États membres en elle-même prennent de l'ampleur dès les années 1970 et se renforcent avec l'adoption du traité de Maastricht. En effet, la libéralisation des conditions de « circulation » des jugements déploie ses effets dans un espace marqué par « une logique d'individualisation qui caractérise de plus en plus les modalités de la participation étatique à l'Union »¹⁹⁷⁵. Cette

¹⁹⁷³ Anne LEVADE, « Identité constitutionnelle et exigence existentielle. Comment concilier l'inconciliable », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Pedone, 2010, pp. 109-128, spéc. p. 113, citant Pierre Pescatore, *L'ordre juridique des Communautés européennes. Études des sources du droit communautaire*, Liège, Presses universitaires de Liège, 1971, p. 177 : « la spécificité de l'ordre juridique communautaire ne réside pas tant dans la primauté inconditionnelle de son droit, que dans le caractère d'absolue nécessité que présente ladite primauté, seule à même de garantir que soient respectées les caractéristiques d'un droit fondé sur "un objectif d'intégration, c'est-à-dire une visée d'unification selon une idée d'ordre cohérente" ».

¹⁹⁷⁴ Voir *infra*, n^{os} 400-402.

¹⁹⁷⁵ Bélig NABLI, « L'identité (constitutionnelle) nationale : limite à l'Union européenne ? », *RUE*, 2012, n^o 556, pp. 210-215, spéc. p. 215.

logique découle d'une « lecture angoissée de la mondialisation »¹⁹⁷⁶ et du processus d'intégration spécialement. Elle se traduit par des revendications en faveur de la protection identitaire des États membres¹⁹⁷⁷ qui visent à contester la primauté absolue du droit de l'Union et la nécessité d'une application strictement uniforme de ce droit. Dans cette perspective, le respect de l'*identité nationale per se* serait imposé à l'Union par les traités¹⁹⁷⁸.

398. Plan. – Ainsi, n'ayant été qu'en partie prises en compte par le droit de l'Union européenne, en droit primaire et dans la jurisprudence de la Cour de justice dans un premier temps (A), les revendications identitaires persistent voire s'amplifient dans les décisions des cours constitutionnelles nationales, particulièrement attentives entre autres à la protection des droits fondamentaux dans un contexte qui, en affaiblissant ou en supprimant le contrôle des décisions aux frontières, la fragilise (B).

A. La conciliation en droit de l'Union de la protection de l'identité nationale des États membres et d'une uniformité perçue comme une nécessité existentielle

399. Plan. – Le potentiel subversif des revendications identitaires nationales a pu être désamorcé d'abord par la Cour de justice, puis dans le cadre conventionnel européen, par l'identification d'un substrat commun parmi elles. La prise en compte des identités nationales se fait dès lors vecteur d'uniformité du droit de l'Union et renforce la construction européenne (1). En revanche, lorsqu'une revendication identitaire traduit une spécificité de l'État membre qui la formule, alors même qu'elle bénéficie d'une protection dans les traités depuis les prémices de l'Union européenne, l'accueil que lui réserve la Cour de justice est bien plus prudent (2).

1. *La construction d'une identité européenne à partir des éléments communs aux identités nationales.*

400. D'une mise en commun... – La notion d'identité n'a pas revêtu, dans les premiers temps de la construction européenne, l'importance qui lui est aujourd'hui accordée ; elle ne semble donc pas avoir fait immédiatement l'objet de discussions d'ensemble approfondies¹⁹⁷⁹.

¹⁹⁷⁶ Rostane MEHDI, « L'identité de l'Union européenne », in *L'identité à la croisée des États et de l'Europe. Quel sens ? Quelles fonctions ?*, Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, Anne Levade, Valérie Michel, Rostane Mehdi (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 143-160, spéc. p. 154.

¹⁹⁷⁷ Pierre BERTHELET, « Considérations sur les tensions existant entre les natures sociable et misanthrope des identités constitutionnelles », *RUE*, 2017, n° 609, pp. 324-334, spéc. p. 326.

¹⁹⁷⁸ Article F du traité de Maastricht ; article 4 § 2 TUE (version Lisbonne).

¹⁹⁷⁹ Voir sur ce point Florence BENOÎT-ROHMER, « Identité européenne et identité nationale. Absorption, complémentarité ou conflit ? », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, pp. 63-80, spéc. p. 73 ; Rostane MEHDI, *op. cit.*, p. 146.

La recherche du dépassement des divisions jadis mortifères¹⁹⁸⁰ a dominé les débuts de l'édification communautaire, donnant dès lors à la réflexion une certaine originalité en matière de définition et de protection de l'identité nationale. Ainsi, tandis que la place de l'identité nationale appelle des réflexions sur celle du spécifique dans l'universel — du moins dans le régional ici —, c'est d'abord par le prisme du commun qu'elle a été analysée. Pour satisfaire les revendications identitaires nationales dans le cadre des Communautés puis de l'Union, « la démarche suivie a consisté à tenter de dégager des valeurs propres à chaque État membre ce qui faisait partie d'un héritage commun afin d'en organiser le respect à l'échelle de l'Union »¹⁹⁸¹. Dans la Déclaration sur l'identité européenne, adoptée à Copenhague le 14 décembre 1973, les États membres se sont ainsi employés, sans définir précisément cette identité européenne pour en préserver une approche « dynamique »¹⁹⁸², « à recenser l'héritage commun, les intérêts propres, les obligations particulières des Neuf et l'état du processus d'unification dans la Communauté »¹⁹⁸³. L'identité dont la protection est ici réclamée est une identité commune, donc *partagée* plutôt que collective et propre aux Communautés puis à l'Union¹⁹⁸⁴.

401. ... à la construction d'un patrimoine juridique européen. – C'est l'intervention de la Cour de justice qui va permettre de donner un caractère juridique et *eupéen* aux éléments communs définis politiquement. Ainsi des droits fondamentaux¹⁹⁸⁵, dont la Cour considère depuis l'arrêt *Nold* qu'ils « font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect »¹⁹⁸⁶. Elle a réitéré solennellement ce principe dans l'arrêt *Hauer*¹⁹⁸⁷ en réponse à l'arrêt *Solange I* de la Cour constitutionnelle allemande¹⁹⁸⁸. Ces éléments communs aux États sont ainsi intégrés à l'ordre juridique communautaire en tant qu'éléments de l'identité européenne¹⁹⁸⁹. Cette construction jurisprudentielle a constitué la prémisse de la protection

¹⁹⁸⁰ Florence BENOÎT-ROHMER, *op. cit.*, p. 79.

¹⁹⁸¹ *Op. cit.*, p. 66.

¹⁹⁸² Déclaration de Copenhague sur l'identité européenne, 14 décembre 1973, *Bulletin des Communautés européennes*, vol. 6, 1973, n° 12, pp. 118-122, spéc. p. 119 (voir également Office des publications officielles des Communautés européennes, 1973, pp. 127-130).

¹⁹⁸³ *Ibid.*

¹⁹⁸⁴ Florence BENOÎT-ROHMER, *op. cit.*, p. 67.

¹⁹⁸⁵ Pour d'autres exemples, voir *op. cit.*, pp. 68-69.

¹⁹⁸⁶ CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, *Rec.*, 1974, p. 491, point 13.

¹⁹⁸⁷ CJCE, 13 décembre 1979, *Hauer*, aff. 44/79, *Rec.*, 1979, p. 3727, point 15 : « La Cour a également souligné [...] que les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect ; qu'en assurant la sauvegarde de ces droits elle est *tenue de s'inspirer* des traditions constitutionnelles communes aux États membres, de manière que ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus par les Constitutions de ces États » (c'est nous qui soulignons). Dès lors, si les traditions constitutionnelles communes constituent une source d'inspiration incontournable des droits fondamentaux protégés par le droit communautaire, elles ne l'y résument pas et sont désormais protégées au travers des principes généraux du droit.

¹⁹⁸⁸ Sur cet arrêt, voir *infra*, n° 414.

¹⁹⁸⁹ Florence BENOÎT-ROHMER, *op. cit.*, p. 67.

juridique des droits fondamentaux en tant qu'éléments du droit primaire européen, qui s'est par la suite considérablement étoffée et renforcée, du traité de Maastricht à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et au traité de Lisbonne¹⁹⁹⁰. Désormais, l'article 6 § 1 TUE confère à la Charte « la même valeur juridique que les traités » tandis que l'article 6 § 3 de ce même texte affirme que « [l]es droits fondamentaux, tels qu'ils sont 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 aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux »¹⁹⁹¹.

402. L'acquisition par la construction européenne d'une dimension politique a cependant fait naître chez les États membres une volonté d'inciter la Cour de justice à aller plus loin dans la prise en compte de leur identité nationale : il ne s'agit plus seulement de construire une identité européenne incluant une partie des valeurs communes aux États membres, mais d'asseoir leur identité nationale comme une limite endogène au droit de l'Union.

2. Une protection européenne circonspecte de l'identité nationale en tant que limite à l'uniformité du droit de l'Union

403. L'identité nationale comme identité constitutionnelle. – La question de la protection juridique de l'identité nationale *per se*, en tant que spécificité pouvant varier d'un État membre à l'autre et donc insoluble dans l'identité européenne, n'a fait irruption qu'au moment de l'adoption du traité de Maastricht. L'Union européenne naît, en effet, dans le contexte double d'un approfondissement de l'intégration — qui a pu être qualifié de « rupture ou, à tout le moins, [de] refondation de l'Europe »¹⁹⁹² — et du renouveau de l'État-nation, au lendemain de la chute du mur de Berlin puis de celle de l'Union soviétique¹⁹⁹³. Le recul de la souveraineté étatique et du poids des États au sein de l'Union européenne dans de nombreux domaines, du

¹⁹⁹⁰ Pour une étude de la définition des traditions constitutionnelles communes en tant que source des droits fondamentaux protégés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et des principes généraux du droit, voir Jacques ZILLER, « La constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux et les traditions constitutionnelles communes aux États », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, LGDJ, Lextenso éditions, 2012, pp. 665-679.

¹⁹⁹¹ Sur la pertinence et la cohérence du maintien d'un système écrit et d'un système prétorien de protection des droits fondamentaux par le traité de Lisbonne, voir Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Unité ou dualité du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne depuis le traité de Lisbonne ? Brèves réflexions théoriques sur les droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier, op. cit.*, pp. 15-21.

¹⁹⁹² Dominique ROUSSEAU, « L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne ? », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Laurence Burgorgue-Larsen (dir.), Pedone, 2011, pp. 89-100, spéc. p. 91.

¹⁹⁹³ Voir sur ce point Sébastien MARTIN, « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre "identité nationale" et "identité constitutionnelle" », *RFDC*, n° 91, 2012, n° 3, pp. 13-44, spéc. p. 14 ; Bélig NABLI, *op. cit.*, p. 210.

fait de l'extension des compétences de l'organisation, de celle de la majorité qualifiée et de la procédure de codécision, apparaît alors comme une menace pour la pérennité des États¹⁹⁹⁴.

C'est donc à la faveur d'une reconnaissance politique plus que juridique des États membres et de la nécessité de préserver leur intégrité au sein de l'Union européenne¹⁹⁹⁵ qu'une disposition est insérée à l'article F § 1 TUE selon laquelle « [l]'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques ». Cette disposition, quoique révisée à plusieurs reprises¹⁹⁹⁶ et dont le statut a semblé être momentanément « rétrogradé » par le traité d'Amsterdam¹⁹⁹⁷, a été maintenue et précisée dans le traité de Lisbonne à l'article 4 § 2 TUE aux termes duquel « [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 ».

Ainsi, la définition et les effets juridiques de l'identité nationale des États membres en droit de l'Union européenne n'ont certes pas été déterminés avec précision par le droit primaire, mais une certaine coïncidence semble pouvoir être observée entre identité nationale et identité constitutionnelle des États membres. Ce lien existe probablement dès l'origine de la notion d'identité nationale en droit de l'Union européenne, alors même qu'en ce temps il n'a pas été explicitement établi. Si la mention de l'identité nationale a pu, en 1992, être perçue dans sa

¹⁹⁹⁴ Voir sur ce point François-Xavier MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, xx-365 p., spéc. p. 154.

¹⁹⁹⁵ À cet égard, l'avocat général Miguel Poiras Maduro note que « le respect de l'identité constitutionnelle des États membres constitue pour l'Union européenne un devoir. Ce devoir s'impose à elle depuis l'origine. Il participe, en effet, de l'essence même du projet européen initié au début des années 1950, qui consiste à avancer sur la voie de l'intégration tout en préservant l'existence politique des États. Preuve en est qu'il fut énoncé pour la première fois explicitement à l'occasion d'une révision des traités dont les avancées sur la voie de l'intégration qu'elle prévoyait ont rendu nécessaire aux yeux des constituants son rappel » : Conclusions présentées le 8 octobre 2008 dans l'affaire *Michaniki AE c. TEVAE* (CJCE, 16 décembre 2008, aff. C-213/07), point 31. Voir dans le même sens Florence BENOÎT-ROHMER, *op. cit.*, p. 64 : « [l]a problématique de l'identité a toujours été présente dans la construction européenne, mais tant que la Communauté n'est apparue que comme une construction économique, les moyens de protéger cette identité ont essentiellement été d'ordre technique et procédural. Que se dissimule-t-il en effet derrière l'article 30 du traité, puis dans les paragraphes 4 et 5 de l'article 95, ajoutés respectivement par le traité de Maastricht et par celui d'Amsterdam, sinon la volonté de préserver certains éléments essentiels auxquels les États membres sont attachés ? Ce n'est qu'avec l'apparition d'une Union européenne avec une vocation plus politique que le respect de l'identité nationale a fait l'objet d'une mention expresse dans les traités. Plus l'Union a progressé dans la voie d'une Union politique, plus les États ont mis en avant leur identité spécifique. Ils redoutent que l'édification de cette Union ne conduise à remettre en cause certaines valeurs dont ils estiment qu'elles sont constitutives du lien qui unit leurs citoyens sans que parfois même ils soient capables d'identifier ces valeurs avec précision ».

¹⁹⁹⁶ Sur ces évolutions, voir Sébastien MARTIN, *op. cit.*, p. 15.

¹⁹⁹⁷ François-Xavier MILLET, *op. cit.*, p. 159.

dimension symbolique principalement rattachée à des considérations culturelles¹⁹⁹⁸, il résulte en effet du premier projet de traité du 12 avril 1991 ayant précédé l'adoption du traité de Maastricht que la version initiale de l'article F § 1 mettait directement en lien l'identité nationale et les « systèmes constitutionnels » des États membres, par ailleurs considérés comme source principale des droits fondamentaux protégés par l'Union européenne¹⁹⁹⁹. Par la suite, les termes, identiques, de la clause d'identité nationale, intégrée au traité constitutionnel²⁰⁰⁰ puis à l'article 4 § 2 TUE par le traité de Lisbonne, donnent une contenance résolument juridique à cette notion et tendent à la rapprocher de l'identité constitutionnelle des États membres. Une telle approche semble empreinte d'un grand pragmatisme. Sans doute, les États membres sont avant tout soucieux de protéger leur identité constitutionnelle²⁰⁰¹ qui constitue le fondement et la traduction de ce qu'ils sont. Leur résistance à l'intégration est donc fonction de la menace qu'ils perçoivent, à tort ou à raison, peser sur cette identité — ou tout du moins de la perte de leur maîtrise de la définition de son essence.

404. Rapports entre protection de l'identité nationale et principe de primauté en droit de l'Union. – C'est selon cette acception que la notion d'identité nationale a fait son apparition dans le cadre contentieux européen²⁰⁰², invoquée soit comme moyen de défense par un État membre²⁰⁰³, soit, principalement, par des avocats généraux dans leurs conclusions²⁰⁰⁴. Ainsi, de l'avocat général Miguel Poiares Maduro qui a inauguré²⁰⁰⁵ la référence à cette notion à

¹⁹⁹⁸ *Ibid.* et les auteurs cités. Voir également Florence BENOÎT-ROHMER, *op. cit.*, p. 73 ; Alejandro SAIZ ARNAIZ, « Identité nationale et droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, pp. 101-131, spéc. p. 103.

¹⁹⁹⁹ Sur ce point, voir François-Xavier MILLET, *op. cit.*, p. 156, citant les articles D § 1 (« L'Union exerce ses compétences dans le respect de l'identité nationale des États membres et de leurs systèmes constitutionnels fondés sur les principes démocratiques ») et D § 2 (« L'Union respecte les droits et libertés fondamentaux reconnus dans les constitutions et lois des États membres et dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ») du projet du 12 avril 1991.

²⁰⁰⁰ Article I-5.

²⁰⁰¹ Florence BENOÎT-ROHMER, *op. cit.*, p. 74 ; Dominique ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 90 et p. 93 : « Alors que la Constitution passait lentement sous la tutelle de l'Europe qui lui imposait de multiples révisions afin de faciliter tout à la fois l'élargissement et l'approfondissement de l'intégration européenne, la notion d'identité constitutionnelle, dégagée par le juge constitutionnel en 2006, se donne immédiatement à voir comme une réaction contre cet euroconstitutionnalisme ; comme un sursaut destiné à protéger la personnalité constitutionnelle "interne" et "externe" de la France ».

²⁰⁰² Sur cette évolution contentieuse, voir Denys SIMON, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, pp. 27-43.

²⁰⁰³ Sébastien MARTIN, *op. cit.*, pp. 15-16.

²⁰⁰⁴ *Op. cit.*, p. 16. Voir également François-Xavier MILLET, *op. cit.*, pp. 164-167 ; et sur le constat d'une « pression de la part de certains avocats généraux, pour faire reconnaître le respect de l'identité constitutionnelle par la haute juridiction communautaire », voir Jean-Denis MOUTON, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, *op. cit.*, pp. 144-147.

²⁰⁰⁵ Voir les références ultérieures à la notion par les avocats généraux : Juliane KOKOTT, conclusions présentées le 8 mai 2008 dans les affaires *Unión General de Trabajadores de La Rioja UGT-RIOJA c. Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e.a.* (CJCE, 11 septembre 2008, aff. jointes C-428/06, C-429/06, C-430/06, C-431/06, C-432/06, C-433/06 et C-434/06), *Rec.*, 2008, p. I-6747 ; Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, conclusions présentées le 25 juin 2009 dans l'affaire *Umweltanwalt von Kärnten c. Kärntner Landesregierung* (CJUE,

l'occasion d'une affaire *Royaume d'Espagne c. Eurojust*²⁰⁰⁶, puis en a esquissé une définition partielle dans le cadre de l'affaire *Michaniki*. Dans ses conclusions présentées à cette occasion, il a affirmé non seulement « qu'un État membre peut, dans certains cas et sous le contrôle bien évidemment de la Cour, revendiquer la préservation de son identité nationale pour justifier une dérogation à l'application des libertés fondamentales de circulation »²⁰⁰⁷, identité nationale qui, selon lui, dès le traité de Maastricht, « comprend à l'évidence l'identité constitutionnelle de l'État membre »²⁰⁰⁸, mais aussi que « le respect de l'identité constitutionnelle des États membres constitue pour l'Union européenne un devoir [...] qui] s'impose à elle depuis l'origine »²⁰⁰⁹. La position de l'avocat général Poiares Maduro est ambitieuse, en ce qu'elle ne fait pas du respect de l'identité nationale et en particulier de l'identité constitutionnelle des États membres une simple limite à l'application du droit de l'Union, mais un fondement essentiel de la construction européenne²⁰¹⁰.

405. Cependant, s'agissant d'un concept destiné à protéger les conceptions nationales par la limitation des effets du droit de l'Union européenne en droit interne, la notion est accueillie avec prudence par la Cour de justice²⁰¹¹, dont il a pu être dit qu'elle a fait preuve « de méconnaissance (consciente) de la réalité constitutionnelle des États membres »²⁰¹². Il est en effet connu depuis l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*²⁰¹³, précisant la portée du principe de primauté dégagé par la Cour dans l'arrêt *Costa c. ENEL*²⁰¹⁴, que « le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ; que, dès lors,

10 décembre 2009, aff. C-205/08), *Rec.*, 2009, p. I-11525. Voir respectivement sur ces conclusions Sébastien MARTIN, *op. cit.*, pp. 16-17 et François-Xavier MILLET, *op. cit.*, pp. 166-167.

²⁰⁰⁶ Miguel POIARES MADURO, conclusions présentées le 16 décembre 2004 dans l'affaire *Royaume d'Espagne c. Eurojust* (CJCE, 15 mars 2005, C-160/03), *Rec.*, 2005, p. I-2077.

²⁰⁰⁷ Miguel POIARES MADURO, conclusions présentées le 8 octobre 2008 dans l'affaire *Michaniki AE c. TEVAE* (CJCE, 16 décembre 2008, C-213/07), *Rec.*, 2008, p. I-9999, point 32, cité par Sébastien Martin, *op. cit.*, p. 16.

²⁰⁰⁸ Miguel POIARES MADURO, conclusions précitées, point 31. Voir pour une validation nationale de cette conception, Tribunal constitutionnel polonais, 24 novembre 2010, *Traité de Lisbonne*, K 32/09, cité par Alejandro Saiz Arnaiz, *op. cit.*, p. 108 : « *An equivalent of the concept of constitutional identity in the primary EU law is the concept of national identity [...]. The constitutional identity remains in a close relation with the concept of national identity, which also includes the tradition and culture* » (« Le concept équivalent à celui d'identité constitutionnelle en droit primaire de l'Union européenne est celui d'identité nationale. L'identité constitutionnelle entretient une relation étroite avec le concept d'identité nationale qui inclut la tradition et la culture ». La traduction est libre).

²⁰⁰⁹ Miguel POIARES MADURO, conclusions précitées, *loc. cit.*

²⁰¹⁰ *Ibid.* : « Ce devoir [...] participe, en effet, de l'essence même du projet européen initié au début des années 1950, qui consiste à avancer sur la voie de l'intégration tout en préservant l'existence politique des États ».

²⁰¹¹ Sur ce constat, voir François-Xavier MILLET, *op. cit.*, pp. 167-169.

²⁰¹² Alejandro SAIZ ARNAIZ, *op. cit.*, p. 102.

²⁰¹³ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.*, 1970, p. 1125.

²⁰¹⁴ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, 1964, p. 1149, spéc. pp. 1159-1160. Voir déjà, pour une reconnaissance implicite du principe s'agissant des actes législatifs et administratifs nationaux : CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet*, aff. 6/60, *Rec.*, 1960, p. 1131, spéc. p. 1146.

l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État »²⁰¹⁵. La Cour de justice a réitéré ce principe, dans le cadre d'un dialogue par décisions interposées avec le Tribunal de Karlsruhe : aux termes de l'arrêt *Hauer*, « [l]'introduction de critères d'appréciation particuliers, relevant de la législation ou de l'ordre constitutionnel d'un État membre déterminé, du fait qu'elle porterait atteinte à l'unité matérielle et à l'efficacité du droit communautaire, aurait inéluctablement pour effet de rompre l'unité du marché commun et de mettre en péril la cohésion de la Communauté »²⁰¹⁶. Dans le but d'assurer l'unité et l'efficacité, essentielles à la survie de l'Union, la Cour impose ainsi une conception absolue de la primauté, tout acte européen prévalant même sur les dispositions constitutionnelles nationales. Faire produire, en droit de l'Union, un effet quelconque à un élément identitaire issu d'une constitution nationale serait donc antithétique avec l'essence même et le but d'unité de l'ordre juridique européen en construction²⁰¹⁷. C'est d'ailleurs, semble-t-il²⁰¹⁸, pour cette raison que la dernière version de l'article F du traité de Maastricht ne comprend pas de référence aux « systèmes constitutionnels » des États membres, ni en tant que tels, ni en tant que source principale des droits fondamentaux protégés par l'Union européenne, alors qu'une telle mention figurait dans le projet initial.

406. Mais si, dans l'ordre juridique européen en construction, le principe de primauté a longtemps amoindri la prise en compte de l'identité nationale ou constitutionnelle des États membres, les tensions entre ces deux concepts se traduisent désormais directement en droit primaire. L'on sait ainsi que la disparition de l'article I-6 TECE — selon lequel « [l]a Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des États membres » — a constitué pour le Royaume-Uni une condition intangible dans le cadre des négociations du traité de Lisbonne et que son introduction n'avait auparavant pas modifié la position des cours constitutionnelles nationales sur la suprématie de la constitution nationale dans l'ordre interne²⁰¹⁹. Dès lors, ces tensions se traduisent progressivement dans la jurisprudence de la Cour de justice qui laisse apparaître, de manière plus ou moins éclatante, les conséquences sur le droit de l'Union de revendications identitaires particularistes formulées par certains États membres. Dans un premier temps, en effet, la Cour a pu prendre en compte l'identité nationale de manière

²⁰¹⁵ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, précité, point 3.

²⁰¹⁶ CJCE, 13 décembre 1979, *Hauer*, aff. 44-79, point 14, *Rec.*, 1979, p. 3727.

²⁰¹⁷ François-Xavier MILLET, *op. cit.*, p. 155.

²⁰¹⁸ Voir en ce sens *op. cit.*, p. 157.

²⁰¹⁹ Voir sur ce point Jean-Victor LOUIS, « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, *op. cit.*, pp. 443-461, spéc. pp. 443-444.

indirecte, en ayant recours à l'examen classique des considérations d'ordre public opposées à l'application d'un acte du droit de l'Union, notamment dans des cas où le motif d'ordre public avait une origine constitutionnelle. François-Xavier Millet désigne ce mode de prise en compte indirecte par le terme d'« évitement »²⁰²⁰, mode qui selon l'auteur « constitue un moyen commode et discret pour la Cour d'assurer efficacement le respect de l'identité constitutionnelle sans s'aventurer sur le terrain des mots »²⁰²¹. Deux arrêts illustrent, à des niveaux différents, ce raisonnement de la Cour de justice²⁰²².

407. Arrêt *Omega*. – Dans l'arrêt *Omega*²⁰²³, il était question de la conformité au droit communautaire, et en particulier à la liberté de prestation de services, d'un arrêté de l'autorité de police de Bonn interdisant à la société allemande Omega d'exploiter dans son établissement un « laserdrome » équipé par une société britannique et permettant de simuler le meurtre d'autres joueurs. Après l'échec d'un recours gracieux formé auprès de l'autorité administrative locale, la société Omega saisit la juridiction administrative pour contester l'arrêté. Sa demande est successivement rejetée en première instance et en appel. Une question préjudicielle est posée ensuite à la Cour de justice par le *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal administratif fédéral) saisi du litige. Le Tribunal considère en effet que la juridiction d'appel a conclu à bon droit que « l'exploitation commerciale d'un "jeu à tuer" dans le "laserdrome" d'Omega constituait une atteinte à la dignité humaine »²⁰²⁴ protégée par l'article 1^{er} § 1 de la Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz*), mais doute de la conformité de la solution au droit communautaire. La juridiction de renvoi invite la Cour de justice à se placer sur le terrain de l'ordre public²⁰²⁵, quoique la question préjudicielle fasse uniquement apparaître la contrariété « aux valeurs consacrées par la constitution »²⁰²⁶. Sans reformuler la question préjudicielle, la Cour de justice se concentre dans sa réponse sur l'examen du motif d'ordre public ; la référence à l'origine constitutionnelle du motif invoqué n'est qu'anecdotique dans le cadre de l'examen de la légitimité de l'intérêt invoqué²⁰²⁷. Elle précise même à cet égard que le respect de la dignité humaine constituant un principe général du droit, « [i]l ne fait [...] pas de doute que l'objectif de protéger la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire, sans qu'il importe

²⁰²⁰ François-Xavier MILLET, *op. cit.*, pp. 211-220. Voir en miroir, sur les techniques d'évitement permettant à la Cour de ne pas avoir recours au principe de primauté, Hélène GAUDIN, « Primauté, la fin d'un mythe ? Autour de la jurisprudence de la Cour de justice », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, *op. cit.*, pp. 639-656, spéc. pp. 642-649.

²⁰²¹ François-Xavier MILLET, *op. cit.*, p. 211.

²⁰²² Sur ces arrêts et pour d'autres exemples, voir Florence BENOÎT-ROHMER, *op. cit.*, pp. 77-78 ; François-Xavier MILLET, *op. cit.*, pp. 211-220.

²⁰²³ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhaus*, aff. C-36/02, *Rec.*, 2004, p. I-9609.

²⁰²⁴ *Ibid.*, point 11.

²⁰²⁵ *Ibid.*, points 14 à 16.

²⁰²⁶ *Ibid.*, point 17.

²⁰²⁷ *Ibid.*, point 35.

à cet égard que, en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit fondamental autonome »²⁰²⁸. La Cour n'examine donc pas la question sous l'angle de la limitation autonome que pourrait constituer l'identité nationale ; elle « opère ainsi une dédramatisation en évitant de mettre en lumière l'existence d'un conflit avec l'identité d'un État membre »²⁰²⁹. Elle apporte cependant au passage une précision qui permet d'entrevoir la possibilité d'une prise en compte de revendications identitaires particularistes. Elle considère en effet que, s'agissant de l'examen de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure, « [i]l n'est pas indispensable [...] que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un État membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause »²⁰³⁰. Dès lors en l'espèce, l'Allemagne se voit reconnaître une marge de manœuvre quant au niveau de protection de la dignité humaine qu'elle a entendu assurer dans sa constitution²⁰³¹.

408. Arrêt *Michaniki*. – La Cour de justice mène un raisonnement similaire, quoique plus radical, dans son arrêt *Michaniki*²⁰³². La question de la juridiction de renvoi est développée autour de deux points. Le premier concerne l'examen de la compatibilité d'une disposition constitutionnelle grecque régissant les relations sociales et capitalistiques entre les médias d'information et les entreprises chargées d'un marché public avec une directive relative aux marchés publics²⁰³³. Cependant, la juridiction grecque ne mentionne pas, dans la question préjudicielle qu'elle adresse à la Cour, le caractère constitutionnel de la disposition en cause. Le second a trait à la conformité de la directive en question « aux principes liés à la protection du fonctionnement normal de la démocratie dans les États membres »²⁰³⁴. Les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro invitaient la Cour de justice à recourir à un raisonnement fondé sur l'invocation par un État membre de la protection de son identité nationale. Bien que les questions préjudicielles posées n'aient pas été formulées en ces termes, tout l'enjeu était en l'espèce de savoir si la Constitution grecque pouvait compléter les dispositions de la directive régissant les marchés publics et si les objectifs que le texte fondamental poursuivait étaient compatibles avec le droit communautaire. La réponse de la Cour est excessivement prudente. Elle procède en quelque sorte à nouveau d'une stratégie « d'évitement »²⁰³⁵ de la confrontation

²⁰²⁸ *Ibid.*, point 34.

²⁰²⁹ Florence BENOÎT-ROHMER, *op. cit.*, p. 78.

²⁰³⁰ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhaus*, précité, point 37.

²⁰³¹ *Ibid.*, point 39.

²⁰³² CJCE, Gr. ch., 16 décembre 2008, *Michaniki*, aff. C-213/07, *Rec.*, 2008, p. I- 9999, point 59 ; *AJDA*, 2009, p. 245, chron. E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT ; *RDI*, 2009, p. 244, note R. NOGUELLOU.

²⁰³³ *Ibid.*, points 21 à 25.

²⁰³⁴ *Ibid.*, point 24.

²⁰³⁵ Sur cette technique et ses déclinaisons, voir François-Xavier MILLET, *op. cit.*, p. 211.

directe entre droit constitutionnel national et droit communautaire qui se décline en trois étapes. Elle rappelle dans un premier temps « qu'il n'appartient pas à la Cour, dans le cadre de la procédure préjudicielle, d'apprécier la conformité du droit national avec le droit communautaire ni d'interpréter le droit national »²⁰³⁶. Dans un deuxième temps, elle se réfère de manière partielle aux conclusions de l'avocat général Poiares Maduro en précisant que les États membres disposent « d'une marge d'appréciation aux fins de l'adoption de mesures destinées à garantir les principes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence, lesquels [...] constituent la base des directives communautaires en matière de passation de marchés publics »²⁰³⁷. Néanmoins, la Cour ne reprend pas à son compte la remarque de l'avocat général selon laquelle « les pouvoirs publics grecs [ont fait], en quelque sorte, valoir une appréciation constitutionnelle nationale »²⁰³⁸ des principes communautaires de transparence et d'égalité de traitement dans l'attribution des contrats publics. Dans un dernier temps, elle considère que « [l]a volonté d'un État membre de prévenir le risque d'interférence du pouvoir des médias dans les procédures de passation des marchés publics rejoint l'objectif d'intérêt général que constitue le maintien du pluralisme et de l'indépendance des médias d'information »²⁰³⁹. Elle oriente donc vers un examen classique de la justification, de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure adoptée en termes d'ordre public. L'opacité du voile dont la Cour a recouvert la constitution nationale a pu faire dire à un auteur qu'en l'espèce le désintérêt de la Cour relève « non plus du non-dit mais du déni »²⁰⁴⁰. Nous ne pouvons que remarquer avec lui à cet égard que « tout au long du raisonnement, la Cour se réfère au droit national en général — et non au droit constitutionnel en particulier — ne semblant donc ne reconnaître à ce dernier aucune spécificité de nature à justifier une différence de traitement »²⁰⁴¹.

409. Arrêt *Sayn-Wittgenstein*. – Par la suite, la Cour de justice a cependant pu se faire plus accueillante à l'égard de l'identité nationale. S'il n'est pas sans précédents²⁰⁴², c'est dans doute l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*²⁰⁴³, rendu en matière de « circulation » du nom de famille, qui figure

²⁰³⁶ CJCE, Gr. ch., 16 décembre 2008, *Michaniki*, précité, point 51.

²⁰³⁷ *Ibid.*, point 55, renvoyant au point 30 des conclusions présentées le 8 octobre 2008 par l'avocat général Miguel Poiares Maduro dans cette affaire.

²⁰³⁸ Miguel POIARES MADURO, conclusions présentées le 8 octobre 2008 dans l'affaire C-213/07, *Michaniki AE c. TEVAE*, précitées, point 30.

²⁰³⁹ CJCE, Gr. ch., 16 décembre 2008, *Michaniki*, précité, point 59.

²⁰⁴⁰ François-Xavier MILLET, *op. cit.*, pp. 223-224.

²⁰⁴¹ *Op. cit.*, p. 225.

²⁰⁴² Voir CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-473/93, *Rec.*, 1996, p. I-3207 et CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne c. Royaume-Uni*, aff. C-145/04, *Rec.*, 2006, p. 7917. Sur ces arrêts, voir Florence BENOÎT-ROHMER, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Sébastien MARTIN, *op. cit.*, p. 17 ; François-Xavier MILLET, *op. cit.*, pp. 159-161 et p. 209.

²⁰⁴³ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *Rec.*, 2010, p. I-13693 ; *RTD civ.*, 2011, p. 98, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.*, 2011, p. 571, obs. É. PATAUT.

l'ouverture la plus flamboyante de la Cour aux considérations identitaires nationales, bien qu'une marge subsiste avant de lui reconnaître le statut que semblent lui conférer les traités²⁰⁴⁴. Comme nous l'avons précédemment rappelé²⁰⁴⁵, dans cette affaire se confrontaient, d'une part, le principe d'égalité et la conception autrichienne de l'identité républicaine de l'État, et, d'autre part, la liberté de circulation des personnes. La requérante autrichienne estimait sa liberté de circulation entravée du fait de la diversité de nom que la constitution autrichienne imposait en interdisant la reconnaissance du titre de noblesse et de la particule que le droit allemand lui avait attribués à la suite de son adoption par un ressortissant allemand. Dans cet arrêt, la considération accordée par la Cour aux éléments relevant du particularisme constitutionnel autrichien est frappante ; elle l'est encore plus si l'arrêt est rapproché de la décision rendue dans l'affaire *Michaniki*. Aux termes de la décision, « dans le contexte de l'histoire institutionnelle autrichienne, la loi d'abolition de la noblesse, *en tant qu'élément de l'identité nationale*, peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des personnes reconnu par le droit de l'Union »²⁰⁴⁶. L'ouverture de la Cour à l'identité nationale est irréfutable. Il nous faut cependant constater, avec François-Xavier Millet, qu'il ne s'agit pour l'heure que d'une « consécration en demi-teinte »²⁰⁴⁷. Cette précision, en effet, n'est pas apportée dans le cadre d'une étude des effets à tirer de la prise en compte *autonome* de l'identité nationale d'un État membre, mais dans celui de l'examen du contenu de l'ordre public qui fait toujours « écran »²⁰⁴⁸ à une telle prise en compte autonome de l'identité nationale. Celle-ci apparaît dès lors comme un « motif de second rang »²⁰⁴⁹. La Cour ne prend donc pas en charge l'ensemble des aspects de la question de la prise en compte de l'identité nationale. En particulier, elle relève que l'interdiction autrichienne est destinée à mettre en œuvre le principe d'égalité. Or, remarque-t-elle, « [l']ordre juridique de l'Union tend indéniablement à assurer le respect du principe d'égalité en tant que principe général du droit. Ce principe est également consacré à l'article 20 de la Charte des droits fondamentaux. Il ne fait donc pas de doute que l'objectif de respecter le principe d'égalité est compatible avec le droit de l'Union »²⁰⁵⁰. En insérant la mesure autrichienne dans le cadre d'une analyse de sa proportionnalité et de sa nécessité pour parvenir au but justifié, la Cour s'interdit de confronter

²⁰⁴⁴ Voir, sur le statut de véritable limitation au principe de primauté reconnu depuis le traité de Maastricht à l'identité nationale, Hélène GAUDIN, *op. cit.*, pp. 651-653.

²⁰⁴⁵ Pour plus de détails sur cet arrêt, voir *supra*, n° 286.

²⁰⁴⁶ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, précité, point 83. C'est nous qui soulignons.

²⁰⁴⁷ François-Xavier MILLET, *op. cit.*, p. 210.

²⁰⁴⁸ Hélène GAUDIN, *op. cit.*, pp. 650-651.

²⁰⁴⁹ François-Xavier MILLET, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁰⁵⁰ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, précité, point 89.

le principe d'égalité autrichien au principe d'égalité tel qu'il est reconnu dans l'ordre juridique de l'Union. Pourtant, leur coïncidence ne va pas de soi²⁰⁵¹.

410. Conclusion. – Ainsi, l'infléchissement du principe de primauté, et donc la brèche dans l'application uniforme du droit de l'Union, admis par la Cour de justice sur le fondement plus ou moins immédiat de l'identité nationale des États membres s'explique par l'élévation, depuis le traité de Maastricht, du respect dû à cette dernière au rang de « composante existentielle de la Communauté et de l'Union »²⁰⁵². La prise en compte de l'identité nationale, notamment constitutionnelle, des États membres mérite cependant d'être consolidée et sa portée précisée dans le cadre d'une évolution vers une conciliation des ordres juridiques dans une organisation pluraliste, tant il apparaît dans certains domaines qu'une réelle confrontation se dessine entre l'ordre juridique de l'Union et celui de certains États membres.

B. La revendication de la protection de l'identité constitutionnelle des États membres par les cours constitutionnelles nationales : une limitation assumée de la primauté du droit de l'Union

411. Plan. – Les rapports entre droit constitutionnel et droit communautaire puis droit de l'Union européenne font depuis longtemps l'objet non seulement de débats doctrinaux mais également et surtout d'un dialogue, plus ou moins tendu, entre les juges des ordres juridiques nationaux et en particulier les juges constitutionnels d'une part et la Cour de justice d'autre part. L'étendue du principe de primauté, en particulier, a concentré l'attention des acteurs et des observateurs du droit de l'intégration. C'est d'abord sur le terrain des droits fondamentaux que se sont manifestées les premières résistances nationales²⁰⁵³, à une époque où leur protection en droit communautaire était encore précaire (1). Ce débat, un temps apaisé, a ressurgi à l'occasion de l'examen par les cours constitutionnelles nationales du traité établissant une Constitution pour l'Europe puis du traité de Lisbonne, autour d'une acception renouvelée de la notion d'identité constitutionnelle (2).

1. Le respect des droits fondamentaux, limite au principe de primauté du droit communautaire

²⁰⁵¹ Voir sur ce point François-Xavier MILLET, *op. cit.*, p. 211.

²⁰⁵² Hélène GAUDIN, *op. cit.*, p. 652. Voir également en ce sens, Jean-Denis MOUTON, *op. cit.*, p. 151.

²⁰⁵³ Sur l'apport de ces résistances à la construction européenne, voir Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Les résistances des États de droit », in *De la Communauté de droit vers l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, Joël Rideau (dir.), LGDJ, 2000, pp. 423-458.

412. Les juridictions constitutionnelles de Rome puis de Karlsruhe ont, parallèlement, conçu, au travers de la protection des droits fondamentaux, une limite à l'intégration européenne.

413. **Théorie italienne des contre-limites.** – La *Corte costituzionale* italienne — dont la divergence de position avec la Cour de justice était déjà apparue dans le cadre de l'affaire *Costa*²⁰⁵⁴ — a forgé une théorie des contre-limites (*controlimiti*)²⁰⁵⁵, qui constitue « le corollaire et [...] la légitimation des limitations de souveraineté acceptées sur la base de l'article 11 [de la Constitution] pouvant aller jusqu'à la mise à l'écart de règles constitutionnelles de procédure à l'exception des règles matérielles »²⁰⁵⁶. Ce sont ses arrêts *Frontini*²⁰⁵⁷, *Granital*²⁰⁵⁸ et *Fragd*²⁰⁵⁹ qui ont successivement défini les limites par lesquelles la Cour italienne a entendu encadrer dans l'ordre interne le principe de primauté du droit communautaire puis de l'Union. Ainsi, dans l'arrêt *Frontini*, le juge constitutionnel italien considère, certes, que « [l]es limitations de souveraineté consenties trouvent [...] leur équivalent dans les pouvoirs acquis au sein de la Communauté »²⁰⁶⁰ et que « les doutes relatifs à l'absence de contrôle juridictionnel de la part de la Cour [de justice] en vue de sauvegarder les droits fondamentaux que [la] Constitution [italienne] garantit aux citoyens ne paraissent pas fondés »²⁰⁶¹. Mais il exclut que ces transferts de souveraineté « puissent, de quelque manière, comporter, pour les institutions de la CEE, un pouvoir inadmissible de violer les principes fondamentaux de notre ordre juridique constitutionnel ou les droits inaliénables de la personne humaine »²⁰⁶². Prenant soin d'écarter du champ de son contrôle les règlements communautaires

²⁰⁵⁴ Corte costituzionale, 7 mars 1964, *Costa*, n° 14. Sur ce point, voir P. DE CATERINI, note sous Corte costituzionale, 27 décembre 1973, *Frontini e Pozzani c. Ministère des finances*, n° 183/1973, *CDE*, 1975, n°s 1-2, p. 114, spéc. pp. 122-124.

²⁰⁵⁵ Le terme souligne qu'il s'agit de limites aux limites à la souveraineté consenties dans le cadre des traités.

²⁰⁵⁶ Joël RIDEAU, « La Cour constitutionnelle italienne et les rapports entre l'ordre juridique italien et le droit de l'Union européenne. Autonomie ou intégration ? », *RAE*, 2007-2008, n° 4 pp. 697-704, spéc. p. 699. L'article 11 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947 (en langue française, [en ligne], consulté le 9 juillet 2019. URL : <http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-fra.pdf>) est formulé comme suit : « L'Italie répudie la guerre en tant que moyen d'attenter à la liberté des autres peuples et comme mode de solution des différends internationaux ; elle consent, dans des conditions de réciprocité avec les autres États, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice entre les Nations ; elle suscite et favorise les organisations internationales poursuivant ce but » (c'est nous qui soulignons).

²⁰⁵⁷ Corte costituzionale, 27 décembre 1973, *Frontini e Pozzani c. Ministère des finances*, n° 183/1973, *RTD eur.*, 1974, p. 148, traduction et note S. NERL ; *CDE*, 1975, n°s 1-2, p. 114, traduction et note P. DE CATERINI. Les numérotations visées dans cette étude sont celles de la revue trimestrielle de droit européen.

²⁰⁵⁸ Corte costituzionale, 8 juin 1984, *Granital*, n° 170/84, *FI*, 1984, p. 2062, note A. TIZZANO ; *CDE*, 1986, n° 1, p. 185, traduction et note J.-V. LOUIS. Sur cet arrêt, voir également Luigi DANIELE, « Après l'arrêt Granital : droit communautaire et droit national dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle italienne », *CDE*, 1992, n°s 1-2, pp. 3-21.

²⁰⁵⁹ Corte costituzionale, 21 avril 1989, *SpA Fragd c. Amministrazione delle Finanze*, n° 232/89, *FI*, 1990, I, p. 1855 ; *RUDH*, 1989, p. 258. Les numérotations visées dans cette étude sont celles de cette revue.

²⁰⁶⁰ Corte costituzionale, 27 décembre 1973, *Frontini e Pozzani*, précité, point 5, p. 151.

²⁰⁶¹ *Ibid.*, point 9, p. 152.

²⁰⁶² *Ibid.*, point 9, p. 153.

pour n'y maintenir que les actes ordonnant — comme le veut la logique dualiste italienne²⁰⁶³ — l'exécution des traités, la Cour italienne précise immédiatement, réservant ainsi son contrôle, « que si l'on devait donner une interprétation aussi aberrante à l'article 189 [TCEE], la garantie du contrôle juridictionnel de cette Cour sur la compatibilité constante du traité avec les principes fondamentaux susdits serait, dans ce cas, toujours assurée »²⁰⁶⁴.

La Cour constitutionnelle italienne minore certes la portée de cette menace en relevant que les traités poursuivent des finalités économiques, si bien que l'hypothèse d'une violation des droits fondamentaux dans les domaines « civils, éthico-sociaux et politiques »²⁰⁶⁵ lui semble peu probable. Mais il n'en reste pas moins qu'elle introduit, explicitement, une réserve de constitutionnalité à laquelle il n'est pas possible de déroger. Cette réserve ne concerne pas l'ensemble du droit constitutionnel italien, mais les seuls principes fondamentaux de l'ordre juridique constitutionnel italien et les droits inaliénables de la personne humaine. Elle constitue le fil conducteur, véritable « leitmotiv »²⁰⁶⁶, de la jurisprudence ultérieure de la Cour constitutionnelle. Ainsi, celle-ci a réitéré le même principe dans l'arrêt *Granital*. Tout en reconnaissant l'effet direct du droit communautaire et l'obligation pesant sur le juge national ordinaire de laisser inappliquée une loi interne incompatible avec un règlement communautaire, la Cour a considéré dans cet arrêt qu'elle serait compétente dans le cas où un règlement contreviendrait aux éléments de la réserve de constitutionnalité tels que définis par l'arrêt *Frontini* ; il conviendrait alors de soulever devant la Cour l'inconstitutionnalité de la loi d'exécution du traité²⁰⁶⁷. Ce principe a donné lieu à une première application dans l'arrêt *Fragd* dans lequel les juges du Quirinal ont eu à connaître de la constitutionnalité de la limitation dans le temps d'un arrêt de la Cour de justice invalidant un règlement communautaire, tout en privant la décision de tout effet rétroactif. Le tribunal de Venise, qui avait posé la question préjudicielle ayant conduit les juges européens à cette solution, s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre en compte l'invalidité du règlement dans la cause pendante. Il a donc soulevé la contrariété de la décision de la Cour de justice à l'article 24 de la Constitution italienne aux termes duquel

²⁰⁶³ Le droit italien adopte une vision dualiste des rapports entre droit international (et donc droit européen) et droit interne. Les ordres juridiques sont perçus comme entièrement clos sur eux-mêmes et strictement distincts les uns des autres. Ainsi, aucun acte juridique de droit international ou de droit européen ne peut produire directement effet en droit interne ; il nécessite pour cela d'être transposé par un acte juridique interne. Dès lors, dans ce cadre, une norme internationale ou européenne et une norme interne ne sont jamais examinées en regard l'une de l'autre ; dans l'ordre juridique interne, ce sont les rapports entre une norme interne et une norme de transposition dans l'ordre interne d'une norme internationale ou européenne qui sont analysés. Sur la théorie dualiste, voir Dionisio ANZILOTTI, *Cours de droit international*, vol. 1, traduction française d'après la troisième édition italienne, Gilbert Gidel, Sirey, 1929, 556 p. ; Heinrich TRIEPEL, *Droit international et droit interne*, Éditions Panthéon-Assas, réed. 1998, iv-226 p. Pour une analyse critique des thèses dualistes, voir notamment Olivier DE FROUVILLE, « Anzilotti d'hier et d'aujourd'hui », *Droits*, 2012, n° 56, pp. 239-254.

²⁰⁶⁴ Corte costituzionale, 27 décembre 1973, *Frontini e Pozzani*, précité, point 9, p. 153.

²⁰⁶⁵ *Ibid.*

²⁰⁶⁶ Joël RIDEAU, *op. cit.*, p. 700.

²⁰⁶⁷ Voir sur ce point Luigi DANIELE, *op. cit.*, pp. 15-16.

« [c]haque peut ester en justice pour la défense de ses droits et de ses intérêts légitimes ». La Cour constitutionnelle italienne considère ce principe comme faisant partie de ceux qui composent la réserve de constitutionnalité de l'arrêt *Frontini*. Elle retient donc sa compétence pour connaître de cette question²⁰⁶⁸, alors même qu'elle reconnaît que l'ordre juridique communautaire protège de manière « large et efficace »²⁰⁶⁹ les droits des individus et que « les droits fondamentaux susceptibles d'être tirés des principes communs aux ordres juridiques des États membres font, selon la jurisprudence de la Cour de justice, partie intégrante et constituent un élément essentiel de l'ordre juridique communautaire »²⁰⁷⁰. Elle estime, pour autant, qu'un risque persiste qu'un droit fondamental protégé par l'ordre constitutionnel national ne figure pas parmi ceux qui bénéficient d'une protection dans l'ordre juridique communautaire, et justifie ainsi sa compétence²⁰⁷¹. Au nom de la sécurité juridique, elle affirme que « le droit de toute personne de bénéficier pour tout litige d'un juge et d'un jugement se trouverait vidé de sa substance si le juge qui doute de la légalité d'une disposition qu'il devrait appliquer se voyait répondre par l'autorité juridictionnelle à laquelle il est tenu de s'adresser qu'effectivement la disposition n'est pas valide mais que cette invalidité ne produit pas d'effet dans le litige faisant l'objet de la procédure principale, qu'il y aurait donc lieu de le trancher en application d'une disposition reconnue illégale »²⁰⁷². Elle considère dès lors que la Cour de justice ne pourrait moduler dans le temps les effets d'une telle déclaration d'invalidité que si elle prévoyait de lui en faire produire « dans le litige objet de l'affaire principale ainsi que dans toutes les affaires déjà portées devant les juges nationaux avant la date où l'arrêt en invalidité a été rendu »²⁰⁷³. Le conflit qui semble découler inéluctablement de ce principe énoncé par les juges constitutionnels italiens n'a cependant pas été pleinement ouvert, la Cour constitutionnelle rejetant l'exception en relevant son irrecevabilité *en l'espèce* pour « défaut de pertinence »²⁰⁷⁴.

414. Jurisprudence *Solange* du *Bundesverfassungsgericht* allemand. – C'est au même schéma d'affirmation forte d'un principe non suivie d'effet en pratique dans le cas qui a constitué l'occasion de sa consécration que répond la jurisprudence constitutionnelle allemande s'agissant des limites imposées par le respect des droits fondamentaux à l'application du droit communautaire. La saga *Solange* du *Bundesverfassungsgericht* allemand²⁰⁷⁵ forme un exemple

²⁰⁶⁸ *Op. cit.*, p. 16.

²⁰⁶⁹ Corte costituzionale, 21 avril 1989, *SpA Fragnani c. Amministrazione delle Finanze*, précité, point 3.1, p. 260.

²⁰⁷⁰ *Ibid.*

²⁰⁷¹ *Ibid.*

²⁰⁷² *Ibid.*, point 4.2, p. 261.

²⁰⁷³ *Ibid.* Voir également Luigi DANIELE, *op. cit.*, p. 17.

²⁰⁷⁴ Corte costituzionale, 21 avril 1989, *SpA Fragnani c. Amministrazione delle Finanze*, précité, point 7, p. 262. Voir également Luigi DANIELE, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁰⁷⁵ BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, p. 271 ; RTD eur., 1975, p. 316 traduction et note M. FROMONT ; BVerfG, 22 octobre 1986, *Solange II*, BVerfGE 73, p. 339 ; RTD eur., 1987, p. 537, traduction et

bien connu non seulement du fait que le droit communautaire puis de l'Union a toujours comporté des limites constitutionnelles dans l'ordre interne, mais aussi de la richesse pour la construction européenne de la diversité des ordres juridiques nationaux et, dans une certaine mesure, des résistances nationales²⁰⁷⁶. L'originalité des arrêts allemands comparés aux décisions italiennes réside, d'une part, dans un rejet explicite d'une conception absolue de la primauté du droit communautaire puis du droit de l'Union, et, d'autre part, dans le rattachement explicite dès l'origine des droits fondamentaux à « l'identité de la Constitution » allemande.

Ainsi, dans son arrêt *Solange I* rendu en 1974²⁰⁷⁷, le Tribunal de Karlsruhe a dans un premier temps expressément considéré qu'« il ne suffit pas de parler de "primauté" du droit communautaire par rapport au droit constitutionnel national et de justifier ainsi le point de vue que le droit communautaire doit toujours prévaloir sur le droit constitutionnel national, au motif que la Communauté serait sinon mise en question »²⁰⁷⁸. Selon lui, « le droit communautaire n'est [...] pas mis en question lorsque, exceptionnellement, il ne saurait prévaloir sur certaines dispositions contraignantes du droit constitutionnel »²⁰⁷⁹. Cela s'explique par le caractère réciproque des obligations que le traité crée dans le chef des États membres et de la Communauté puis de l'Union qui, elle aussi, doit, s'il survient, « contribuer à dénouer le conflit supposé, c'est-à-dire rechercher une solution compatible avec une obligation impérative, inhérente au droit constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne »²⁰⁸⁰.

Une fois l'existence du conflit et la mise à l'écart potentielle de la primauté dédramatisées d'un point de vue existentiel, le Tribunal a exposé, dans un second temps, la solution à apporter au conflit lorsque des droits fondamentaux sont en cause. Il a dès lors considéré qu'aussi longtemps que (« *solange* ») le défaut de système de protection équivalent des droits fondamentaux se laisserait constater au niveau européen, il conserverait la compétence pour faire valoir les droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale allemande. Se fondant sur l'article 24 § 1 de la *Grundgesetz* (GG) selon lequel « [l]a Fédération peut transférer, *par voie législative*, des droits de souveraineté à des institutions internationales »²⁰⁸¹, le Tribunal invite à ne pas en adopter une interprétation littérale, mais plutôt systémique. Il estime que cet article

note V. CONSTANTINESCO. Les extraits cités et les paragraphes visés dans la présente étude sont issus de ces traductions.

²⁰⁷⁶ Voir sur ce point Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Les résistances des États de droit », *op. cit.* ; V. CONSTANTINESCO, note sous BVerfG, 22 octobre 1986, *Solange II*, BVerfGE 73, p. 339 ; *RTD eur.*, 1987, p. 537, spéc. pp. 546-547 et, d'un point de vue prospectif, pp. 552-553.

²⁰⁷⁷ BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, précité.

²⁰⁷⁸ *Ibid.*, point 2, p. 318.

²⁰⁷⁹ *Ibid.*

²⁰⁸⁰ *Ibid.*

²⁰⁸¹ La loi fondamentale allemande est disponible en langue française sur le site internet du Bundestag à l'adresse suivante :

https://www.bundestag.de/resource/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi_fondamentale-data.pdf (consulté le 1^{er} juillet 2019). C'est nous qui soulignons.

« ne permet pas que la structure fondamentale de la Constitution qui confère à celle-ci son identité, soit modifiée sans révision constitutionnelle, et notamment par le législateur de l'institution interétatique »²⁰⁸². Les juges constitutionnels considèrent que cette disposition « fait obstacle à une modification du Traité qui affecterait les structures qui forment la Constitution en vigueur en République fédérale d'Allemagne et qui supprimerait de ce fait son identité. La même règle vaudrait d'ailleurs pour les dispositions du droit communautaire dérivé, arrêtées sur la base d'une interprétation en ce sens du Traité en vigueur et qui affecteraient de la même manière les structures essentielles de la Loi fondamentale »²⁰⁸³. Or, les juges allemands affirment qu'« [u]ne partie essentielle et irréductible de la Constitution en vigueur en République fédérale d'Allemagne, et qui touche à la structure constitutionnelle de la Loi fondamentale, est constituée par les dispositions relatives aux droits fondamentaux. L'article 24 de la Loi fondamentale ne permet pas sans réserve de réduire leur importance »²⁰⁸⁴. Ils constatent de façon détaillée que la Communauté n'est, à l'époque, dotée ni des structures institutionnelles ni d'un dispositif matériel propres à garantir une protection des droits fondamentaux équivalente à celle qui est assurée par la Loi fondamentale. Toute relativisation de la protection des droits fondamentaux garantis par le droit allemand porterait atteinte à l'ordre constitutionnel allemand, si bien qu'un règlement ayant un tel effet doit être considéré inapplicable sur le territoire de l'État²⁰⁸⁵.

Le *Bundesverfassungsgericht* ayant précisé que cette réserve est fonction de l'état de l'intégration de la Communauté, il a tiré les conséquences, dans son arrêt *Solange II*²⁰⁸⁶, de l'élaboration d'un système communautaire de protection des droits fondamentaux équivalent à celui dont il assure la mise en œuvre dans l'ordre interne : il admet la compétence de la Cour de justice en matière de protection des droits fondamentaux, tout en lui imposant d'en être digne en précisant, par une réaffirmation du principe défini en 1974, que cette délégation ne vaut qu'aussi longtemps que cette protection demeurera satisfaisante quant à son contenu et à son efficacité²⁰⁸⁷. La démarche du Tribunal ne s'apparente dès lors pas à un blanc-seing accordé à la Cour de justice et au droit communautaire puis de l'Union européenne. Il rappelle que l'article 24 de la Loi fondamentale « n'autorise pas [...] à aliéner, par le biais de l'attribution de droits souverains à des institutions interétatiques, l'identité de l'ordre constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne par une irruption dans ces éléments fondamentaux dans les

²⁰⁸² BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, précité, point 3, p. 318.

²⁰⁸³ *Ibid.*, point 3, pp. 318-319.

²⁰⁸⁴ *Ibid.*, point 4, p. 319.

²⁰⁸⁵ M. FROMONT, note sous BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, *RTD eur.*, 1975, p. 316, spéc. p. 335.

²⁰⁸⁶ BVerfG, 22 octobre 1986, *Solange II*, précité.

²⁰⁸⁷ *Ibid.*, p. 539.

structures qui le constituent »²⁰⁸⁸, éléments parmi lesquels figurent « les principes de droit qui sont à la base de la partie de la GG consacrée aux droits fondamentaux »²⁰⁸⁹. Il reprend par ailleurs longuement le raisonnement qui a été le sien dans l'arrêt *Solange I*²⁰⁹⁰, ainsi que les évolutions du droit de l'intégration en matière de protection des droits fondamentaux²⁰⁹¹ — notamment la jurisprudence de la Cour de justice, analysée très précisément, et les actions des autres institutions —, en insistant sur le caractère conditionnel de son abstention dans le cadre du contrôle de la compatibilité du droit dérivé aux droits fondamentaux.

415. Conclusion. — Comme le souligne Vlad Constantinesco, « une telle solution fait dépendre, en définitive, la validité du droit issu d'une organisation internationale de sa conformité aux règles constitutionnelles nationales et affecte ainsi d'une précarité certaine la condition du droit communautaire en droit interne »²⁰⁹². L'on ne saurait aujourd'hui le contredire, alors que cette instabilité, un temps oubliée du fait des évolutions jurisprudentielles italienne et allemande qui ont permis d'assurer effectivement la primauté du droit communautaire puis de l'Union dans l'ordre interne, ressurgit en raison de la configuration prise par la construction politique de l'Union européenne.

2. Le renouvellement des réserves de constitutionnalité sur le fondement de l'identité constitutionnelle depuis le traité de Maastricht

416. La définition d'une limite à l'intégration européenne. — La résurgence et le renouveau des réserves de constitutionnalité opposées au principe de primauté, depuis la création de l'Union européenne à Maastricht, mais surtout depuis l'adoption du traité de Lisbonne consécutive à un processus de constitutionnalisation avorté, s'expliquent par le changement de nature et par la portée inédite de l'intégration. Daniel Ritleng expose ainsi la mesure du changement et en explique les conséquences du point de vue des États membres : « [l]'ère est révolue où le droit de l'Union ne s'imposait que dans les frontières de compétences limitées et clairement délimitées par des transferts exprès, dont l'exercice restait sous le contrôle des États membres représentés au sein du Conseil. Ces derniers craignent à présent, pour reprendre les termes de l'article 4 § 2 du TUE, de ne plus être en capacité d'assumer leurs fonctions essentielles et de définir et défendre l'identité de leur communauté politique nationale. Et c'est lorsque les États membres estiment que le droit de l'Union menace cette capacité et, le plus souvent, uniquement dans cette mesure, qu'ils mettent en cause sa primauté

²⁰⁸⁸ *Ibid.*

²⁰⁸⁹ *Ibid.*

²⁰⁹⁰ *Ibid.*, p. 540.

²⁰⁹¹ *Ibid.*, pp. 540-544.

²⁰⁹² V. CONSTANTINESCO, note sous BVerfG, 22 octobre 1986, *Solange II*, *RTD eur.*, 1987, p. 537, spéc. p. 552.

sur le droit national »²⁰⁹³. Dès lors, la protection des droits fondamentaux n'est plus revendiquée en tant que complément d'une intégration qui, du fait de ses lacunes, perturbe les ordres constitutionnels nationaux, mais en tant que limite ; elle s'impose ainsi avec d'autant plus de force. Certes, les revendications identitaires ne se résument plus, dans les jurisprudences nationales, à la protection des droits fondamentaux ni ne les englobe tous. Mais ceux-ci bénéficient de la vitalité de la défense de l'identité constitutionnelle, également devenue un moyen de sauvegarde de la souveraineté étatique²⁰⁹⁴ et des compétences réservées²⁰⁹⁵.

La notion d'identité constitutionnelle a été forgée, que la référence à ces termes soit explicite ou non²⁰⁹⁶, par la jurisprudence des cours constitutionnelles nationales qui « ont [...] jugé nécessaire de mettre en lumière ce qui, individuellement, donne la spécificité de leurs ordres juridiques respectifs »²⁰⁹⁷. Elle répond à une construction européenne²⁰⁹⁸ « conquérant[e], animé[e] par les positions fortes à tonalité fédérale de la Cour de justice des Communautés européennes, notamment sur la primauté et sur l'effet direct »²⁰⁹⁹ et par les discussions relatives au traité de Maastricht, au traité établissant une constitution pour l'Europe et au traité de Lisbonne²¹⁰⁰, qui fragilisent l'évidence étatique. En termes génériques, le concept recouvre « ce qui fait qu'un État est lui-même et non un autre, ce qui permet de le reconnaître et de le distinguer des autres »²¹⁰¹. Ces éléments immuables sont autant matériels — l'ensemble des principes qui reflètent les spécificités sociales du peuple qui s'est donné une constitution

²⁰⁹³ Dominique RITLENG, « Le principe de primauté du droit de l'Union : quelle réalité ? », *RUE*, 2015, n° 593, pp. 630-637, spéc. p. 636.

²⁰⁹⁴ En ce sens, s'agissant des décisions du *Bundesverfassungsgericht*, voir François-Xavier MILLET, *op. cit.*, pp. 71-75.

²⁰⁹⁵ En ce sens, s'agissant des décisions du *Bundesverfassungsgericht*, voir François-Xavier MILLET, *op. cit.*, pp. 75-78 ; voir, au sujet du Tribunal constitutionnel polonais, Stéphanie LAULHÉ SHAELOU, « "Nous les peuples". L'identité constitutionnelle dans les jurisprudences constitutionnelles tchèque, lettone et polonaise », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, pp. 133-152, spéc. p. 146.

²⁰⁹⁶ Pour une première utilisation de la locution « identité constitutionnelle » par le Conseil constitutionnel français, voir Cons. const., 27 juillet 2006, *Droit d'auteur*, n° 2006-540 DC, R., p. 88 ; par les juges constitutionnels allemands (*Verfassungsidentität*), voir BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, 2 BvE 2/08 et al., BVerfGE 123, 267, *RTD eur.*, 2009, p. 799, traduction et note K. M. BAUER. L'arrêt est également disponible en ligne, à l'adresse suivante : https://www.cvce.eu/content/publication/2013/10/15/8facbcac-b236-47c8-9db3-e2199d825cfb/publishable_fr.pdf (consulté le 11 juillet 2019). Pour une analyse de l'attitude taiseuse des juges constitutionnels lettons, voir Stéphanie LAULHÉ SHAELOU, *op. cit.*, p. 149.

²⁰⁹⁷ Anne LEVADE, « Identité constitutionnelle et exigence existentielle. Comment concilier l'inconciliable », *op. cit.*, p. 114. Voir également sur l'émergence de cette notion dans les droits européens et de différents États membres, Laurence BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*

²⁰⁹⁸ Voir par exemple, constatant qu'en Allemagne, l'identité constitutionnelle occupe une place peu importante en jurisprudence en dehors du contexte européen, Franz C. MAYER, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*, pp. 63-87, spéc. pp. 75-76. Voir également Mattias WENDEL, « L'identité constitutionnelle dans le cadre fédéral : le cas de l'Allemagne dans l'Union européenne », in *L'identité à la croisée des États et de l'Europe. Quel sens ? Quelles fonctions ?*, *op. cit.*, pp. 231-261, spéc. p. 233.

²⁰⁹⁹ Constance GREWE, Joël RIDEAU, « L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne : flash-back sur le coming-out d'un concept ambigu », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, *op. cit.*, pp. 319-345, spéc. p. 319.

²¹⁰⁰ Denys SIMON, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 28.

²¹⁰¹ Anne LEVADE, *op. cit.*, p. 115.

déterminée — que formels ou structurels²¹⁰² — selon l'idée que « par nature autant que par nécessité, l'ordre juridique étatique ne peut se fonder que sur la suprématie de sa constitution »²¹⁰³. Les approches adoptées par les cours constitutionnelles nationales sont variées. Le contenu de l'identité constitutionnelle, d'une part, peut être plus ou moins précisément défini par l'élaboration d'un catalogue de principes intangibles ou simplement par une référence vague au « noyau dur » de la constitution en question. Son statut, d'autre part, peut correspondre à un ensemble de principes supraconstitutionnels intangibles, notamment en ce qu'ils ne sont pas à la disposition du pouvoir constituant dérivé, ou à des principes bénéficiant d'une suprématie constitutionnelle simple, à la seule disposition du pouvoir constituant. Dans tous les cas, l'identité constitutionnelle est considérée et désormais clairement exprimée comme une *limite* à l'intégration européenne.

417. Arrêt *Lisbonne* du *Bundesverfassungsgericht*. — Tenant son rang de chef de file des cours constitutionnelles en Europe, le *Bundesverfassungsgericht* fait à nouveau figure de juridiction constitutionnelle la plus intransigeante dans la défense de l'identité constitutionnelle nationale et, par la même occasion, la plus engagée dans un dialogue avec la Cour de justice²¹⁰⁴. En germe dans son arrêt *Maastricht* de 1993²¹⁰⁵, ce n'est que dans l'arrêt *Lisbonne*²¹⁰⁶ qu'apparaît explicitement la référence à l'identité constitutionnelle allemande. La juridiction allemande a eu l'occasion de se prononcer sur ce point à propos de l'étude de la conformité de la loi d'approbation du traité de Lisbonne au principe constitutionnel allemand de démocratie et des limites de l'atteinte que peut porter la première au second sur le fondement de l'article 23 *GG*²¹⁰⁷, relatif à la participation de l'Allemagne à l'Union européenne. L'éclat du raisonnement du Tribunal de Karlsruhe est d'autant plus vif que ce dernier conclut à la conformité de la loi d'approbation du traité à la Loi fondamentale. La grandiloquence de son

²¹⁰² Voir par exemple, se référant à « la structure fondamentale de la Constitution qui confère à celle-ci son identité » et affirmant que « [l']article 24 *GG* [...] fait obstacle à une modification du Traité qui affecterait les structures qui forment la Constitution en vigueur en République fédérale d'Allemagne et qui supprimerait de ce fait son identité », BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, BVerfGE, t. 37, p. 271, spéc. p. 279, § 43 ; *RTD eur.*, 1975, p. 316, spéc. point 3, p. 318.

²¹⁰³ Anne LEVADE, *op. cit.*, p. 116.

²¹⁰⁴ Sur le façonnage de la notion par le *Bundesverfassungsgericht*, voir Franz C. MAYER, *op. cit.*, pp. 66-73.

²¹⁰⁵ BVerfG, 12 octobre 1993, *Maastricht*, 2 BvR 2134/92 et 2 BvR 2159/92.

²¹⁰⁶ BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, précité. Les citations effectuées dans la présente étude sont tirées de la version électronique de l'arrêt citée *supra*, note 2096. La pagination correspondante à la *RTD eur.* est également mentionnée.

²¹⁰⁷ L'article 23 de la Loi fondamentale allemande, autrefois consacré à la réunification, est entré en vigueur le 21 décembre 1992 dans le contexte du processus de Maastricht afin d'habiliter l'Allemagne à participer à la construction européenne et d'adapter le droit allemand à l'approfondissement de l'intégration. Sur cet article, voir Rainer ARNOLD, « La loi fondamentale de la RFA et l'Union européenne : le nouvel article 23 de la Loi fondamentale », *RIDC*, 1993, vol. 45, n° 3, pp. 673-678. La loi fondamentale allemande est disponible en langue française à l'adresse suivante : https://www.bundestag.de/resource/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi_fondamentale-data.pdf (consulté le 1^{er} juillet 2019).

discours interpelle donc en ce qu'elle sert une déclaration qui s'apparente à une mise en garde solennelle²¹⁰⁸.

Le Tribunal constitutionnel fédéral affirme que la garantie de pérennité (ou clause d'éternité) de l'article 79 § 3 de la Loi fondamentale²¹⁰⁹, en fixant des limites aux modifications pouvant être apportées à ce texte par tout organe constitutionnel, protège l'identité constitutionnelle allemande²¹¹⁰ : ce domaine échappe donc même au pouvoir constitutionnel dérivé. Dès lors, il considère que la participation de l'Allemagne à la construction européenne, qui ne peut se réaliser en vertu d'un pouvoir plus grand que celui que le Peuple fédéral a conféré aux organes constitutionnels²¹¹¹, est limitée par « l'identité constitutionnelle inaliénable »²¹¹², mais également par le respect de « la qualité d'État constitutionnel souverain sur le fondement d'un programme d'intégration régi par le principe d'attribution [...] et par la conservation de] la capacité des États membres d'aménager politiquement et socialement et sous leur propre responsabilité les conditions de vie »²¹¹³. La juridiction constitutionnelle allemande s'attache minutieusement à rappeler le *fondement constitutionnel* de l'Union européenne, « ordre juridique dérivé »²¹¹⁴ de la volonté des États membres « maîtres des traités » (*Herren der Verträge*)²¹¹⁵ ; elle considère en particulier que « l'obligation de l'Union européenne de respecter l'identité constitutionnelle des États membres (article 6 § 3 TUE ; article 4 § 2 phrase 1 TUE Lisbonne) [...] reprend des principes constitutionnels des États membres [...] et constitue] l'expression dans les traités du fondement de la puissance publique de l'Union dans les Constitutions des États membres »²¹¹⁶. Semblant resserrer un peu plus qu'antérieurement les limites de l'intégration, le Tribunal conclut que « [l']obligation de droit européen de respecter le pouvoir constituant des États membres en tant que maîtres des traités correspond à l'identité constitutionnelle non transférable et soustraite à l'intégration

²¹⁰⁸ L'arrêt a été vivement critiqué par la doctrine allemande. Voir sur ce point les références citées par Franz C. MAYER, *op. cit.*, note 36, p. 73.

²¹⁰⁹ L'article 79 § 3 de la Loi fondamentale allemande se lit ainsi : « Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en *Länder*, au principe de la participation des *Länder* à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ».

²¹¹⁰ BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, précité, § 216 et § 218, *RTD eur.*, 2009, p. 802 et p. 803.

²¹¹¹ Le *Bundesverfassungsgericht* lie ainsi le respect de l'identité constitutionnelle à la souveraineté de l'État membre, ce qu'il réaffirme au § 340 de sa décision : « La Loi fondamentale poursuit l'objectif d'une intégration de l'Allemagne dans une communauté de droit composée d'États pacifiques et libéraux. Elle ne renonce cependant pas à la souveraineté, résidant dans la prérogative de la Constitution allemande de garder le dernier mot, en tant que droit d'un peuple de trancher directement les questions fondamentales relatives à sa propre identité » (*RTD eur.*, 2009, p. 816).

²¹¹² BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, précité, § 219, *RTD eur.*, 2009, p. 803.

²¹¹³ Arrêt précité, § 226, *RTD eur.*, 2009, *loc. cit.*

²¹¹⁴ Arrêt précité, § 231, *RTD eur.*, 2009, p. 804.

²¹¹⁵ Arrêt précité, § 231, *RTD eur.*, 2009, *loc. cit.*

²¹¹⁶ Arrêt précité, § 234, *RTD eur.*, 2009, p. 805.

(article 79 § 3 GG) »²¹¹⁷, et se déclare compétent pour le vérifier²¹¹⁸, permettant ainsi « d'assurer que la primauté d'application du droit de l'Union ne s'applique qu'en vertu et dans les limites de l'habilitation constitutionnelle persistante »²¹¹⁹. Son intransigeance sur ce point conduit le Tribunal à faire preuve d'initiative : de manière atypique²¹²⁰, et alors même qu'il reconnaît que les procédures existantes permettent l'exercice de tels contrôles, il propose au législateur de créer « une nouvelle procédure de contentieux constitutionnel, spécialement aménagée en vue du contrôle *ultra vires* et du contrôle du respect de l'identité constitutionnelle, afin de garantir l'obligation des organes allemands de ne pas appliquer en Allemagne dans un cas particulier des actes du droit de l'Union, lorsque ces derniers outrepassent les compétences de l'Union ou violent l'identité constitutionnelle allemande »²¹²¹. Ainsi, à l'heure d'une intégration sans précédent au niveau européen, la juridiction constitutionnelle allemande érige une barrière infranchissable à laquelle se heurte le processus.

418. Une position en théorie plus souple des autres cours constitutionnelles européennes. – Plusieurs juridictions constitutionnelles européennes ont suivi le même chemin, sans nécessairement faire preuve de la même vigueur, mais toujours en réservant des éléments constituant le noyau dur de l'ordre constitutionnel national. Ainsi, de même qu'en Allemagne, c'est l'intangibilité de l'identité constitutionnelle italienne que les juges du Quirinal ont rappelée dans des décisions de 2007²¹²² et 2008²¹²³ afin de définir les limites de l'intégration. Le même schéma logique ressort de l'arrêt *Lisbonne I* de la Cour constitutionnelle tchèque²¹²⁴, qui fait mention d'un potentiel contrôle de constitutionnalité du traité de Lisbonne sur le fondement d'un noyau dur intangible, indisponible pour le juge constitutionnel lui-même²¹²⁵ ; elle établit cependant fermement dans un arrêt *Lisbonne II* qu'elle s'abstient délibérément de définir précisément la liste des principes qui constituent le noyau dur de la Constitution tchèque²¹²⁶.

²¹¹⁷ Arrêt précité, § 235, *RTD eur.*, 2009, *loc. cit.*

²¹¹⁸ Arrêt précité, § 235 et § 240, *RTD eur.*, 2009, p. 805 et p. 806.

²¹¹⁹ Arrêt précité, § 240, *RTD eur.*, 2009, p. 806.

²¹²⁰ Voir sur ce point Franz C. MAYER, *op. cit.*, p. 72.

²¹²¹ BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, précité, § 241, *RTD eur.*, 2009, p. 807.

²¹²² Corte costituzionale, 24 octobre 2007, n° 348/2007 ; 22 octobre 2007, n° 349/2007 ; *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 197, cités par Joël Rideau, « La Cour constitutionnelle italienne et les rapports entre l'ordre juridique italien et le droit de l'Union européenne. Autonomie ou intégration ? », *op. cit.*, p. 703.

²¹²³ Corte costituzionale, 13 février 2008, n° 102/2008 ; 13 février 2008, n° 103/2008, cités par Pierre-Étienne Lehmann, *Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir du respect de l'identité nationale des États membres*, th. dactyl., Nancy, Université de Lorraine, 2013, 651 p., spéc. n° 305, p. 209.

²¹²⁴ L'arrêt est disponible en langue anglaise à l'adresse suivante : https://www.cvce.eu/obj/arret_de_la_cour_constitutionnelle_tcheque_sur_le_traite_de_lisbonne_26_novembre_2008-fr-38994b57-d591-424a-953b-ff03e4c5c1b1.html (consulté le 10 juillet 2019).

²¹²⁵ Stéphanie LAULHÉ SHAELOU, *op. cit.*, p. 139. Voir également en ce sens Pierre-Étienne LEHMANN, *op. cit.*, n° 307, p. 210.

²¹²⁶ Stéphanie LAULHÉ SHAELOU, *op. cit.*, p. 142.

419. Tribunal constitucional espagnol. – En revanche, en Espagne, si un noyau dur de la Constitution semble avoir été identifié, il n'est pas caractérisé par son intangibilité. Le *Tribunal constitucional* a été saisi par le Gouvernement espagnol, suivant le conseil du *Consejo de Estado*, de la compatibilité avec la Constitution espagnole du principe de primauté intégré au traité constitutionnel et de l'encadrement européen de la protection des droits fondamentaux. Il a considéré dans sa déclaration du 13 décembre 2004²¹²⁷, sans employer les termes d'« identité constitutionnelle », que le transfert de souveraineté au profit de l'Union européenne s'opère dans le cadre de limites matérielles définies par « les principes fondamentaux de l'État social et démocratique de droit établis par la Constitution nationale. Le transfert constitutionnel, que l'article 93 permet, a, à son tour, des limites matérielles qui s'imposent au transfert lui-même. Ces limites matérielles — qui ne sont pas expressément exposées dans la disposition constitutionnelle, mais qui découlent implicitement de la Constitution comme de la signification essentielle de la disposition elle-même — se traduisent dans le respect de la souveraineté de l'État, de nos structures constitutionnelles de base et du système de valeurs et de principes fondamentaux consacrés dans notre Constitution où les droits fondamentaux acquièrent une normativité propre »²¹²⁸. La formule est certes large et abstraite ; mais elle semble, selon un auteur, faire référence au domaine constitutionnel soumis à la procédure de révision renforcée de l'article 168 de la Constitution espagnole²¹²⁹ particulièrement contraignante²¹³⁰. Dès lors, contrairement à celui que recouvre l'identité constitutionnelle allemande, ce domaine n'est pas intangible puisqu'il reste à la disposition du pouvoir constituant dérivé. Il tire néanmoins sa protection d'une importance particulière qui se traduit en termes procéduraux par une soumission à des conditions de révision contraignantes²¹³¹. Comme son homologue allemand au sujet du traité de Lisbonne, le juge constitutionnel espagnol estime en outre que l'intégration dans le traité constitutionnel d'une clause en faveur du respect de l'identité nationale des États membres conduit à considérer que ces limites ont

²¹²⁷ Tribunal constitucional, 13 décembre 2004, DTC 1/2004. Voir à ce sujet Hubert ALCARAZ, « Les fonctions constitutionnelles de l'identité de l'Espagne », in *L'identité à la croisée des États et de l'Europe. Quel sens ? Quelles fonctions ?*, op. cit., pp. 297-314, spéc. pp. 302-307 ; Laurence BURGORGUE-LARSEN, « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) », *Cahiers du conseil constitutionnel*, Dossier Constitution et Europe, n° 18, 2005, [en ligne], consulté le 12 juillet 2019. URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-declaration-du-13-decembre-2004-dtc-n-12004> ; Alejandro SAIZ ARNAIZ, « Identité nationale et droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole », op. cit.

²¹²⁸ Laurence BURGORGUE-LARSEN, op. cit. La traduction est de l'auteure. Le *Tribunal* se fonde pour cela sur une appréciation renouvelée de la clause d'intégration que constitue l'article 93 de la Constitution espagnole, qu'il ne réduit plus à une disposition « de nature organico-procédurale » (Alejandro SAIZ ARNAIZ, op. cit., p. 115) mais à laquelle il reconnaît désormais un caractère substantiel.

²¹²⁹ Alejandro SAIZ ARNAIZ, op. cit., p. 120.

²¹³⁰ Laurence Burgorgue-Larsen rappelle « qu'elle implique une dissolution des chambres (§ 1), une approbation du texte constitutionnel révisé à la majorité des deux tiers par les chambres nouvellement constituées (§ 2) et, *last but not least*, la convocation d'un référendum (§ 3) » : Laurence BURGORGUE-LARSEN, op. cit.

²¹³¹ Pour une catégorisation des différents fondements auxquels ont recours les cours constitutionnelles pour protéger l'identité constitutionnelle nationale, voir Pierre-Étienne LEHMANN, op. cit., pp. 202-227.

été « européennes » et que leur respect est imposé par le traité²¹³². Ce faisant, tout en réaffirmant la limitation matérielle de l'intégration et le caractère dérivé de l'ordre juridique de l'Union, la juridiction espagnole contribue à éloigner la survenance effective d'un conflit entre le droit de l'Union et la Constitution espagnole²¹³³.

420. Cour constitutionnelle lettone. – Un parallèle peut être effectué en ce sens avec la démarche du juge constitutionnel letton qui a été conduit à examiner la constitutionnalité de la loi de ratification du traité de Lisbonne et en particulier de la procédure suivie dans le cadre de cette ratification dans une décision du 7 avril 2009²¹³⁴. En effet, comme l'explique Stéphanie Laulhé Shaelou, les articles 68²¹³⁵ et 77²¹³⁶ de la Constitution lettone soumettent la ratification des traités à des conditions différentes selon les compétences transférées et la nécessité de modifier la Constitution²¹³⁷. La loi de ratification a été adoptée sur le fondement de l'article 68 § 2 de la Constitution, par la voie parlementaire, sans modification constitutionnelle²¹³⁸. Sans identifier de noyau dur de la Constitution, la Cour constitutionnelle de Riga « reconnaît que l'État de Lettonie est fondé sur des valeurs fondamentales parmi lesquelles figurent les droits de l'homme et libertés fondamentales, la démocratie, la souveraineté de l'État et du peuple, la séparation des pouvoirs et l'État de droit. L'État a le devoir de garantir ces valeurs auxquelles il ne peut être porté atteinte par le biais d'amendements législatifs à la Constitution »²¹³⁹. Elle en déduit une limite au transfert de compétences définie par ces principes²¹⁴⁰, et soumet impérativement le transfert à l'Union de

²¹³² En ce sens, voir Laurence BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*

²¹³³ Alejandro SAIZ ARNAIZ, *op. cit.*, p. 121.

²¹³⁴ Cour constitutionnelle lettone, 7 avril 2009, *Lisbonne*, n° 2008-35-01, point 11.1. La décision est disponible en anglais sur le site de la Cour constitutionnelle à l'adresse suivante : http://www.satv.tiesa.gov.lv/web/viewer.html?file=/wp-content/uploads/2008/09/2008-35_01_ENG.pdf#search= (consulté le 13 juillet 2019). La numérotation visée dans cette étude est celle de la traduction anglaise.

²¹³⁵ L'article 68 de la Constitution lettone, dont les trois derniers alinéas ont été ajoutés lors d'une révision constitutionnelle du 8 mai 2003 destinée à préparer l'adhésion du pays à l'Union européenne, se lit comme suit : « 1. Les traités internationaux concernant des questions relevant de la compétence du pouvoir législatif doivent être approuvés par la *Saeima* [i.e., le Parlement letton]. 2. En concluant des accords internationaux, la Lettonie, dans le but de consolider la démocratie, peut déléguer certaines compétences de l'État à des institutions internationales. Les accords internationaux par lesquels certaines compétences de l'État sont déléguées à des institutions internationales sont approuvés par la *Saeima* lors de séances auxquelles deux tiers au moins des députés sont présents et une majorité des deux tiers des voix des députés présents est nécessaire à leur approbation. 3. L'adhésion de la Lettonie à l'Union européenne doit être décidée par un référendum national sur la proposition de la *Saeima*. 4. Les modifications importantes des conditions d'appartenance de la Lettonie à l'Union européenne sont soumises à un référendum national, si ce référendum est demandé par au moins la moitié des députés ».

²¹³⁶ Aux termes de l'article 77 de la Constitution lettone, « [s]i la *Saeima* modifie les articles 1^{er}, 2, 3, 4, 6 ou 77 de la Constitution, ces amendements pour entrer en vigueur doivent être soumis à un référendum national ».

²¹³⁷ Stéphanie LAULHÉ SHAELOU, *op. cit.*, p. 148.

²¹³⁸ *Ibid.*

²¹³⁹ Cour constitutionnelle lettone, 7 avril 2009, *Lisbonne*, précité, point 17. Traduction libre de l'anglais : « *The Constitutional Court recognizes that the State of Latvia is based on such fundamental values that, among the rest, include basic rights and fundamental freedoms, democracy, sovereignty of the State and people, separation of powers and rule of law. The State has the duty to guarantee these values and they cannot be infringed by introducing amendments to the Satversme [i.e., the Constitution], these values being introduced by law* ».

²¹⁴⁰ *Ibid.*, points 17 et 18.3.

certaines compétences, qui emporterait « "obligatoirement" une modification des dispositions essentielles de la Constitution »²¹⁴¹, à un référendum et donc à une procédure de révision plus contraignante que la procédure ordinaire.

421. Conseil constitutionnel français. – Parmi les juridictions constitutionnelles européennes, il est encore aujourd’hui malaisé de situer le Conseil constitutionnel français. Le sens du recours par les sages de la rue de Montpensier à la notion d’identité constitutionnelle reste flou, les décisions à ce sujet étant vagues et peu nombreuses, et la doctrine partagée²¹⁴². Dans le contexte de l’adoption du traité de Lisbonne et quant à l’obligation de transposition des directives, le Conseil constitutionnel a procédé à une modification du vocabulaire auparavant employé afin d’encadrer le principe de primauté du droit de l’Union. À l’image des autres cours européennes, il fait de la Constitution à la fois le fondement — qui réside plus précisément dans son article 88-1 — et la limite de la primauté du droit de l’Union et en particulier de l’obligation de transposition des directives, « exigence constitutionnelle »²¹⁴³. C’est la définition de cette limite qui a évolué tout en restant controversée : représentée par toute « *disposition expresse contraire de la Constitution* »²¹⁴⁴ dans la décision *Confiance dans l’économie numérique*, la limite semble encadrée plus strictement par le Conseil quelques années plus tard dans sa décision *Droit d’auteur*²¹⁴⁵ aux termes de laquelle « la transposition d’une directive ne saurait aller à l’encontre d’une règle ou d’un principe inhérent à l’identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »²¹⁴⁶. L’herméneute constitutionnel semble donc avoir introduit une distinction entre les règles et principes qui, dans la Constitution, sont inhérents à l’identité constitutionnelle française, et ceux qui ne le sont pas. Seuls les premiers seraient de nature à être opposés non seulement à la transposition d’une directive, mais également, semble-t-il étant donné le défaut de spécificité de l’article 88-1, de manière plus générale à la primauté d’une norme de droit européen, sauf si le constituant a consenti à cette primauté.

Dès lors, deux questions majeures se posent, qui, pour l’heure, ne trouvent aucune réponse sous la plume du Conseil ni ne font l’objet d’un consensus scientifique : celle du

²¹⁴¹ Stéphanie LAULHÉ SHAELOU, *op. cit.*, p. 149.

²¹⁴² Sur ces discussions, voir notamment Édouard DUBOUT, « "Les règles ou principes inhérents à l’identité constitutionnelle de la France" : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, n° 83, pp. 451-482 ; François-Xavier MILLET, *op. cit.*, pp. 25-67 ; Dominique ROUSSEAU, « L’identité constitutionnelle, bouclier de l’identité nationale ou branche de l’étoile européenne ? », *op. cit.*

²¹⁴³ Cons. const., 10 juin 2004, *Confiance dans l’économie numérique*, n° 2004-496 DC, point 7.

²¹⁴⁴ *Ibid.* C’est nous qui soulignons.

²¹⁴⁵ Cons. const., 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information*, n° 2006-540 DC.

²¹⁴⁶ *Ibid.*, point 19. C’est nous qui soulignons.

contenu de l'identité constitutionnelle française²¹⁴⁷, et en particulier celle de savoir si celle-ci exprime le spécifique ou plus largement l'essentiel²¹⁴⁸, et celle de son statut constitutionnel, faisant ainsi ressurgir le débat sur la supra-constitutionnalité de certaines normes constitutionnelles²¹⁴⁹. Tout juste est-il possible de déduire, s'agissant du contenu de l'identité constitutionnelle, que, tout en mêlant les deux aspects, la balance penche plus du côté de l'essentiel que de celui du spécifique, le président Mazeaud en ayant esquissé une définition dans l'un de ses discours en la confrontant à la primauté du droit de l'Union : selon lui, l'identité constitutionnelle correspond à « ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre [...], tout ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle, au double sens du terme "inhérent" : crucial et distinctif. Autrement dit : l'essentiel de la République »²¹⁵⁰. Pourtant, si l'adresse donne certes une indication relative à l'esprit qui fût celui des juges constitutionnels lorsqu'ils ont eu recours à la notion, elle aurait incontestablement revêtu une valeur incomparable — car proprement juridique — si elle avait été formulée par les juges constitutionnels dans une de leurs décisions. Il apparaît dès lors que ces incertitudes patentes relatives tant à l'identification du contenu de l'identité constitutionnelle qu'à son intangibilité procédurale la fragilisent dans son rôle de limite à l'intégration²¹⁵¹. Une clarification de la part du Conseil constitutionnel est ainsi grandement attendue, et ce, dans un contexte où loin de rester une limitation théorique à la primauté du droit de l'Union, l'identité constitutionnelle pourrait déployer des effets importants, notamment en matière familiale²¹⁵².

422. Réaction du *Bundesverfassungsgericht* à l'arrêt *Melloni*. – C'est encore une fois du Bade-Wurtemberg que viennent ces perspectives d'évolution. Comme sa jurisprudence précédente le laissait envisager, le *Bundesverfassungsgericht* a en effet réagi de façon

²¹⁴⁷ Voir en particulier sur ce point, constatant les divisions doctrinales profondes, Dominique ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 96 : « Pour les uns, la limite constitutionnelle et constitutionnellement insurmontable est la République dont la forme est expressément protégée par l'article 89 alinéa 5 de la Constitution. Mais l'accord se rompt aussitôt sur le contenu de la République : tous les droits fondamentaux ou seulement ceux de 1789 ? non pas les droits fondamentaux mais seulement le principe de séparation des pouvoirs ? ou ce principe plus celui de la souveraineté du peuple ? ou ce principe seul ? ... Et parfois, certains soutiennent même que la forme républicaine n'est pas une limite constitutionnelle insurmontable puisque rien dans la Constitution n'interdit de supprimer l'article 89 alinéa 5 ! Pour d'autres, l'identité constitutionnelle de la France se résume au principe de laïcité en ce qu'il distinguerait ce pays des autres États membres de l'Union européenne, oubliant que la Cour de Strasbourg en fait un élément nécessaire de la société démocratique européenne ».

²¹⁴⁸ Édouard DUBOUT, *op. cit.*, pp. 454-455.

²¹⁴⁹ *Op. cit.*

²¹⁵⁰ Pierre MAZEAUD, « Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République. Discours prononcé le 3 janvier 2005 à l'Élysée », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n° 18, [en ligne], consulté le 11 juillet 2019. URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/voeux-du-president-du-conseil-constitutionnel-m-pierre-mazeaud-au-president-de-la-republique-0>.

²¹⁵¹ Voir en ce sens, Dominique ROUSSEAU, *op. cit.*, *loc. cit.*

²¹⁵² Il semble qu'il ressorte de certaines de ses décisions que le juge constitutionnel polonais en particulier pourrait y avoir recours afin d'imposer le respect de la conception hétérosexuelle du mariage qui prévaut en Pologne. Sur ce point, voir *supra*, n° 393.

remarquée à l'arrêt *Melloni*²¹⁵³ de la Cour de justice. Dans cet arrêt, les juges du Kirchberg ont adopté une interprétation de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux refusant de faire valoir un standard de protection supérieur à celui qui est protégé par la Charte en matière de mandat d'arrêt européen (MAE), domaine dans lequel les droits fondamentaux ont fait l'objet d'une harmonisation partielle. Dès lors, comme dans l'espèce *Aguirre Zarraga*²¹⁵⁴, cette affaire a révélé, d'une part, que la libéralisation des conditions de « circulation » des décisions de justice a conduit, en présence d'une hétérogénéité de la protection des droits fondamentaux entre les États membres de l'Union, à une fragilisation de cette protection dans certains États membres. Elle a donné, d'autre part, l'opportunité à la Cour de justice de s'ériger en juge suprême du droit de l'Union et non en juge des droits fondamentaux²¹⁵⁵. En droit de l'Union européenne, du fait de la confiance mutuelle et de la primauté du droit de l'Union destinées à garantir son application uniforme, les États membres sont invités à se contenter d'une protection équivalente ou suffisante, selon que les droits fondamentaux n'ont pas fait ou ont fait l'objet d'une harmonisation, même partielle. Le Tribunal de Karlsruhe a, dans une ordonnance du 15 décembre 2015 rendue au sujet de l'exécution d'un MAE²¹⁵⁶, pris appui sur l'identité constitutionnelle telle que définie dans sa jurisprudence antérieure pour contredire directement

²¹⁵³ CJUE, 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11 ; *RTD eur.*, 2013, p. 267, obs. D. RITLENG ; *ibid.*, p. 812, obs. P. BEAUVAIS ; *AJ pénal*, 2013, p. 350, obs. J. LELIEUR ; *Europe*, 2013, comm. 166, obs. F. GAZIN ; *RPDP*, 2013, p. 409, obs. B. THELLIER DE PONCHEVILLE. Sur cet arrêt, voir *infra*, n° 537.

²¹⁵⁴ CJUE, 22 décembre 2010, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*, aff. C-491/10, *Rec.*, 2010, p. I-14247 ; *D.*, 2011, p. 1374, obs. F. JAULT-SESEKE ; *RCDIP*, 2012, p. 172, note H. MUIR WATT ; *RTD eur.*, 2011, p. 482, obs. M. DOUCHY-LOUDOT. Voir *supra*, n° 351.

²¹⁵⁵ Voir notamment sur cette distinction, Édouard DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt *Melloni* », *CDE*, 2013, n° 2, pp. 293-317, spéc. n° 16, p. 312, et, constatant une attitude différente de la Cour suprême des États-Unis, n° 2, p. 296 : « En fin de compte, la question principale posée à la Cour de justice était de savoir s'il convenait de privilégier la qualité de la protection des droits fondamentaux ou l'unité de l'application du droit de l'Union. Confrontée à un dilemme semblable, la Cour suprême américaine avait tranché dans le sens de la qualité du niveau de protection et, partant, de la subsidiarité de la protection fédérale, en acceptant que les constitutions fédérées puissent garantir une protection différente à la condition d'être plus favorable. Bien que cela puisse susciter des difficultés pratiques, il aurait été envisageable qu'une solution semblable soit adoptée dans l'Union européenne dans une perspective de pluralisme constitutionnel, organisé autour de la complémentarité de la garantie des valeurs fondamentales partagées par les différents systèmes normatifs nationaux et européens. La Cour de justice en a décidé autrement, optant pour une voie apparemment plus simple et certainement plus autoritaire : le caractère plus favorable du niveau national de protection des droits fondamentaux n'est pas un argument suffisant, en l'espèce, pour écarter l'application uniforme du droit européen dérivé ».

²¹⁵⁶ BVerfG, 15 décembre 2015, 2 BvR 2735/14, [en ligne], en langue anglaise, consulté le 12 juin 2019. URL : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/12/rs20151215_2bvr273514en.html;jsessionid=9AB35107154C398C45E026AF6F158FCC.2_cid393. Sur cette décision, voir notamment Aurore GAILLET, « Confiance et méfiance autour du mandat d'arrêt européen. La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 15 décembre 2015 », *AJDA*, 2016, n° 20, pp. 1112-1119 ; Sven KAUFMANN, « Le *Bundesverfassungsgericht* et les limites à la primauté du droit de l'Union. Confrontation ou complémentarité dans l'intégration européenne ? », *RTD eur.*, 2017, pp. 59-73.

la Cour de justice²¹⁵⁷, rappeler la limite au principe de primauté²¹⁵⁸ et encadrer le principe de confiance mutuelle. Il confirme sa compétence — exclusive dans l'ordre interne²¹⁵⁹ — pour procéder à un contrôle de l'identité constitutionnelle allemande pour protéger les droits inaliénables garantis par la clause d'éternité, sans que le principe de primauté puisse y être opposé. L'ensemble de la décision s'emploie à rejeter les éventuels arguments relatifs à l'atteinte portée au droit de l'Union. Les juges allemands perçoivent tout d'abord le risque de leur démarche pour l'application uniforme du droit de l'Union²¹⁶⁰, mais ne l'estiment pas « substantiel »²¹⁶¹ compte tenu de l'encadrement dont est assorti le contrôle, de l'effectivité de la protection assurée par la Charte des droits fondamentaux, et de l'esprit d'ouverture qui guide le Tribunal dans l'exercice du contrôle²¹⁶². Ils soulignent ensuite, dans un exposé détaillé, qu'une telle protection identitaire est désormais la règle dans la jurisprudence des cours constitutionnelles des États membres de l'Union européenne²¹⁶³. Ils affirment enfin qu'il ne peut être pris prétexte du principe de confiance mutuelle pour contester la possibilité pour les cours constitutionnelles nationales de procéder à un tel contrôle²¹⁶⁴ : le Tribunal affirme que « le principe de confiance mutuelle ne doit être appliqué que tant que la confiance n'est pas ébranlée par des faits pertinents »²¹⁶⁵ et que les considérations mises en avant par la Cour de justice dans l'arrêt *Melloni* « ne libèrent pas les autorités ou juridictions allemandes de leur obligation de garantir que les principes prévus à l'article 1 section 1 de la Loi fondamentale sont respectés dans le contexte d'une extradition résultant de l'exécution d'un MAE »²¹⁶⁶. Le même raisonnement a été réitéré dans un arrêt du 21 juin 2016²¹⁶⁷, dans lequel le Tribunal fait référence à la fois à l'« *identity review* » et au contrôle *ultra vires*. Aucune violation de la *Grundgesetz* n'ayant été constatée dans ces affaires, c'est une démarche préventive qu'a

²¹⁵⁷ Le sommaire de la décision est sans équivoque à cet égard, qui affirme : « *The Federal Constitutional Court, by means of the identity review, guarantees without reservations and in every individual case the protection of fundamental rights indispensable according to Article 23 section 1 sentence 3 in conjunction with Article 79 section 3 and Article 1 section 1 GG* » (« Le Tribunal constitutionnel fédéral, par la voie du contrôle du respect de l'identité constitutionnelle allemande, garantit sans réserves et dans chaque cas individuel la protection des droits fondamentaux indispensable au titre de l'article 23, paragraphe 1, troisième phrase ensemble les articles 79, paragraphe 3 et 1 paragraphe 1 de la Loi fondamentale ». Traduction libre).

²¹⁵⁸ BVerfG, 15 décembre 2015, précité, §§ 40-43.

²¹⁵⁹ *Ibid.*, § 43.

²¹⁶⁰ Sur ce point, voir notamment ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ, *op. cit.*, pp. 110-111.

²¹⁶¹ BVerfG, 15 décembre 2015, précité, § 46.

²¹⁶² *Ibid.*

²¹⁶³ *Ibid.*, § 47.

²¹⁶⁴ *Ibid.*, § 63.

²¹⁶⁵ *Ibid.*, § 68 : « *This principle of mutual trust is to be applied as long as trust is not shaken due to pertinent facts* » (la traduction est libre).

²¹⁶⁶ BVerfG, 15 décembre 2015, précité, § 83.

²¹⁶⁷ BVerfG, 21 juin 2016, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, [en ligne], en langue anglaise, consulté le 12 juin 2019. URL : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/06/rs20160621_2bvr272813en.html;jsessionid=ECBECD9DC8B46D26DF95EA3EE9A6FE95.2_cid393. Voir en particulier les §§ 116, 120, 121, 136-144 de la décision.

jusqu'alors adoptée la juridiction constitutionnelle allemande ; les choses n'en sont néanmoins pas restées là bien longtemps.

423. Arrêt *BCE* du *Bundesverfassungsgericht*. – La semonce est venue d'une récente décision du *Bundesverfassungsgericht* qui franchit le cap certes annoncé²¹⁶⁸, mais jusqu'alors inédit, de refuser d'être lié par l'interprétation du traité adoptée par la Cour de justice dans un arrêt²¹⁶⁹ qu'il considère rendu *ultra vires*²¹⁷⁰. L'occasion lui en a été donnée dans une espèce éloignée du domaine de cette étude, puisqu'était en cause la compatibilité d'un programme d'achat d'obligations souveraines par la Banque centrale européenne (BCE) avec les pouvoirs que les traités accordent à cette institution, notamment avec l'interdiction qui lui est faite de procéder au financement monétaire des déficits publics des États membres²¹⁷¹. L'intérêt du raisonnement mené dépasse cependant très largement cette question ; il réside dans le rôle et le statut que la juridiction constitutionnelle allemande, procédant à un contrôle *ultra vires*, accorde aux principes méthodologiques en matière d'interprétation du traité.

Ainsi, dans un arrêt *BCE*, rendu le 5 mai 2020, le Tribunal constitutionnel fédéral, après avoir rappelé la compétence de la Cour de justice en matière d'interprétation et d'application du droit de l'Union y compris d'un point de vue méthodologique²¹⁷² et la nécessaire souplesse du contrôle *ultra vires* auquel il procède à cet égard, affirme que le respect qu'il doit aux décisions de la Cour ne vaut que « pour autant que ces conclusions reposent sur des principes méthodologiques reconnus et ne paraissent pas objectivement arbitraires »²¹⁷³. Au regard de ce qui précède, le Tribunal de Karlsruhe estime que l'interprétation du traité retenue par la Cour, à l'issue d'une procédure judiciaire qu'il avait lui-même initiée²¹⁷⁴, n'est « pas compréhensible et [...] donc objectivement arbitraire »²¹⁷⁵ et que la décision de la Cour de justice a été rendue *ultra vires*²¹⁷⁶. Selon la juridiction nationale, « l'arrêt de la Cour de justice provoque

²¹⁶⁸ Voir *supra*, n° 422.

²¹⁶⁹ CJUE, Gr. ch., 11 décembre 2018, *Weiss*, aff. C-493/17 ; *JCP G*, 2018, p. 1388, obs. D. BERLIN.

²¹⁷⁰ BVerfG, 5 mai 2020, *BCE*, 2 BvR 859/15 *et al.*, § 163. L'arrêt est disponible en langue française à l'adresse suivante :

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/FR/2020/05/rs20200505_2bvr085915fr.html (consulté le 29 août 2020). Sur cet arrêt, voir Vincent HEUZÉ, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle d'Allemagne du 5 mai 2020 : une revanche de l'État de droit sur le complexe du Gros Coco », *D.*, 2020, pp. 1534-1540 ; Francesco MARTUCCI, « À l'obsession économique des nombres et au fétichisme juridique des règles, préférons le courage politique des choix. La BCE et la Cour constitutionnelle allemande », *JCP G*, 2020, étude 707, pp. 1062-1069.

²¹⁷¹ Article 123 § 1 TFUE.

²¹⁷² BVerfG, 5 mai 2020, *BCE*, précité, § 112.

²¹⁷³ *Ibid.*

²¹⁷⁴ BVerfG, 18 juillet 2017, *Weiss*, 2 BvR 859/15 *et al.* L'arrêt est disponible en langue anglaise à l'adresse suivante :

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2017/07/rs20170718_2bvr085915en.html (consulté le 20 juin 2020).

²¹⁷⁵ BVerfG, 5 mai 2020, *BCE*, précité, § 118.

²¹⁷⁶ Arrêt précité, § 116.

[...] un glissement structurellement significatif aux dépends des compétences des États membres »²¹⁷⁷, alors même que le principe d'attribution des compétences « constitue la justification déterminante de l'affaiblissement apporté au niveau de la légitimité démocratique de la puissance publique exercée par l'Union européenne »²¹⁷⁸. Ainsi, c'est finalement parce qu'il a jugé que l'interprétation retenue par la Cour de justice, en violant le principe d'attribution des compétences prévu par l'article 5 §§ 1 et 2 TUE, portait atteinte au principe de démocratie garanti par la Loi fondamentale allemande que le Tribunal a refusé toute autorité à la décision européenne. Un arrêt ne pouvait sans doute pas mieux mettre en évidence les liens structurels qui régissent les relations entre le droit de l'Union et celui des États membres, comme l'importance que revêt la mise en œuvre, au stade de l'élaboration, de l'interprétation et de l'application du droit, de principes méthodologiques pour assurer le respect de l'État de droit.

424. Conclusion du paragraphe. – C'est dès lors à un moment charnière de leur histoire relationnelle que semblent se trouver les cours constitutionnelles nationales et la Cour de justice. Il semble désormais évident que le Tribunal de Karlsruhe ne se privera pas de procéder à un contrôle du respect des droits fondamentaux intégrant l'identité constitutionnelle allemande y compris lorsqu'un tel contrôle n'est pas prévu voire est exclu par le droit de l'Union sur le fondement des principes de primauté et de confiance mutuelle. Avec lui, ce sont l'ensemble des cours constitutionnelles nationales qui, s'étant déjà largement inspirées des positions germaniques, pourraient adopter la même ligne de conduite²¹⁷⁹.

425. Conclusion du Chapitre. – L'avis 2/13²¹⁸⁰ rendu par la Cour de justice a mis en lumière le lien effectué par la juridiction entre confiance mutuelle et primauté du droit de l'Union. D'après la juridiction européenne, c'est parce que la construction européenne repose sur une confiance mutuelle entre les États membres, fondée sur le partage de valeurs communes, que la primauté du droit de l'Union s'impose. Autrement dit, « la spécificité de la relation verticale s'explique par celle de la relation horizontale entre les États membres du système dont elle entend assurer l'effectivité et l'intégrité »²¹⁸¹. Aussi, les réserves nationales exprimées, en

²¹⁷⁷ Arrêt précité, § 157.

²¹⁷⁸ Arrêt précité, § 158.

²¹⁷⁹ Voir déjà sur la résistance de certaines juridictions nationales Madalina MORARU, « "Mutual trust" from the perspective of national courts. A test in creative legal thinking », in *Mapping mutual trust : understanding and framing the role of mutual trust in EU law*, Evelien Brouwer, Damien Gerard (dir.), EUI Working Paper MWP, n° 2016/13, pp. 37-58, spéc. p. 38 et les décisions citées.

²¹⁸⁰ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, avis 2/13.

²¹⁸¹ Édouard DUBOUT, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF*, 2015, chron. n° 09, point 2.1.

remettant profondément en cause l'idée d'une confiance mutuelle absolue entre États membres, laissent saillir la nature conflictuelle du principe de primauté²¹⁸². Dans ce contexte, pour éviter que, de garant du droit de l'Union, le principe conduise à « [remettre ...] en cause ses relations avec les droits nationaux »²¹⁸³, point la nécessité de repenser plus largement les rapports entre droits nationaux et droit de l'Union européenne. Si, comme le soutiennent certains auteurs, « ce que recouvre désormais la primauté et l'unité du droit de l'Union ne consiste pas à assurer une relation verticale entre l'Union et ses États, mais plutôt à garantir la spécificité d'une relation horizontale entre États membres [; si] "c'est la préservation de la confiance mutuelle entre États membres qui donne désormais son sens à la revendication d'autonomie du droit de l'Union" »²¹⁸⁴, cette revendication ne peut avoir de sens en dehors de l'expression des limites de la confiance que s'accordent effectivement les États membres de l'Union et donc de l'évolution de l'Union vers un véritable pluralisme juridique. Toute démarche contraire semble devoir conduire inéluctablement à un prolongement de l'ère de ce « pluralisme que l'on peut qualifier de "radical" ou "contestatif", dans le sens où l'entrée en relation des interprètes a pour objet de manifester une contestation d'une solution antérieure, et non de rechercher la compromission pour une solution future »²¹⁸⁵.

²¹⁸² Hélène GAUDIN, « Primauté, la fin d'un mythe ? Autour de la jurisprudence de la Cour de justice », *op. cit.*, p. 642.

²¹⁸³ *Op. cit.*, p. 641.

²¹⁸⁴ Édouard DUBOUT, « La primauté du droit de l'Union et le passage au pluralisme constitutionnel », *RTD eur.*, 2018, pp. 563-586, spéc. p. 578, citant Loïc Azoulay, Édouard Dubout, « Repenser la primauté. L'intégration européenne et la montée de la question identitaire », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Baptiste Bonnet (dir.), LGDJ, 2016, p. 567-584, spéc. p. 582.

²¹⁸⁵ *Op. cit.*, p. 572.

CONCLUSION DU TITRE

426. Du fait de son fort ancrage national, d'où découlent l'unanimité qui commande l'adoption des textes européens et une attention particulière accordée au respect des principes d'ordre public international, le droit international privé de la famille européen met singulièrement en évidence les limites de la démarche volontariste qui guide les institutions européennes dans la construction d'un espace judiciaire uniforme. La conception absolue de la confiance mutuelle retenue fonde une approche abusivement extensive du principe de reconnaissance mutuelle des décisions. Si bien qu'à la présomption aveugle d'équivalence des systèmes judiciaires et des justices rendues qu'imposent progressivement les règlements européens, les États membres répondent par la mise en œuvre de tous les outils juridiques à leur disposition pour protéger leurs conceptions nationales, remettant ainsi vivement en cause non seulement la réalité de l'uniformité de l'espace judiciaire européen, mais aussi l'idée même de leur adhésion à une telle conception sur laquelle repose une telle construction. Aux clauses générales d'*opt-out* figurant dans les traités et au recours à la coopération forcée palliant l'impossibilité de parvenir à l'unanimité des votes au Conseil dans le cadre de l'élaboration des règlements, se sont ainsi ajoutées l'introduction de dispositions multiples protectrices des conceptions nationales en matière familiale, puis celle de dispositions permettant un réel *opt-out* de la coopération renforcée en fonction des circonstances de l'espèce. Par ailleurs, l'aspect bigarré de l'espace judiciaire européen s'accroît également du fait de l'invocation par les États membres de la protection de leur identité constitutionnelle ; les cours suprêmes nationales, en particulier, n'hésitent pas à contester la primauté du droit de l'Union lorsque sont en jeu des droits fondamentaux. En 1972, Pierre Pescatore affirmait que « l'une des réalisations les plus originales du droit communautaire est [...] d'avoir réussi à déterminer les rapports entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique interne des États membres ; ce lien sur le plan normatif est à son tour inséparable du lien institutionnel établi entre pouvoir judiciaire communautaire et pouvoirs judiciaires nationaux des États membres »²¹⁸⁶. La situation est aujourd'hui telle que l'on ne peut partager ce constat.

427. Il est pourtant possible d'envisager, sur le fondement des textes de droit primaire, une autre voie qui ne conduirait pas à confondre la cohérence de la construction européenne « avec la prétention du droit communautaire à l'unité et à l'uniformité »²¹⁸⁷. Comme le souligne Denys Simon, « l'une des caractéristiques de l'évolution du droit communautaire est sans aucun doute

²¹⁸⁶ Pierre PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Bruxelles, Bruylant, réimp., 2005, 100 p., spéc. p. 82.

²¹⁸⁷ Denys SIMON, « Rapport introductif. Cohérence et ordre juridique communautaire », in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Valérie Michel (dir.), Presses universitaires de Strasbourg, 2009, pp. 25-40, spéc. p. 34.

l'accroissement de sa complexité, qui en fait un ordre juridique composite et plural. La cohérence n'est pas l'absence de différenciation. La cohérence n'est pas l'asservissement des identités nationales. Il convient d'intégrer ce phénomène plutôt que de le déplorer »²¹⁸⁸. Il nous appartient à présent de montrer qu'une telle perspective est non seulement pleinement compatible avec les traités européens, mais nous semble en constituer la traduction fondamentale.

²¹⁸⁸ *Op. cit.*, *loc. cit.*

TITRE 2 : UNE LECTURE RENOUVELÉE DU FONDEMENT ET DE L'OBJECTIF DE LA CONSTRUCTION DE L'ESPACE JUDICIAIRE EUROPÉEN

428. La construction européenne repose sur une intégration progressive. Traditionnellement, la préservation et la consolidation de l'« acquis communautaire », désormais « acquis de l'Union »²¹⁸⁹, constituent dès lors, au-delà même du contexte d'adhésion dans lequel la notion a été forgée, un enjeu fondamental de la construction du droit européen²¹⁹⁰ comme en atteste sa prise en compte par les articles C § 1 puis 3 § 1 TUE issus des traités de Maastricht puis d'Amsterdam²¹⁹¹. Les traités, les textes de droit dérivé – réserve faite de ceux qui ont fait l'objet d'une coopération renforcée²¹⁹² – et la jurisprudence s'y rapportant²¹⁹³ sont considérés comme un « socle de droit et d'intégration »²¹⁹⁴. Toutefois, les textes de droit dérivé ne sauraient être immuables, et les développements qui précèdent justifient d'envisager leur remise en cause. Dès lors, il nous paraît nécessaire de mettre à distance les règlements européens en matière familiale pour envisager la coopération judiciaire en matière civile, et en particulier familiale, à partir des traités et de la construction plus générale de l'ordre juridique européen.

429. Nous étudierons ainsi, dans un premier temps, les fondements généraux et spéciaux de la construction de l'espace judiciaire européen en matière familiale. Nous montrerons dans ce cadre, que loin de véhiculer la vision d'un espace uniforme fondé sur l'équivalence et la fusion des ordres juridiques nationaux, c'est la diversité qui est au cœur de la construction européenne en la matière (CHAPITRE 1). Le constat de cette diversité imposera, dans un second temps, de distinguer l'étude des objectifs de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de ceux du marché intérieur. Nous démontrerons alors que la place de la libre circulation des personnes dans le premier espace semble devoir être relativisée au profit de l'accès à la justice, nous conduisant,

²¹⁸⁹ La notion d'« acquis communautaire » ou d'« acquis de l'Union » ne figure plus dans le texte des traités, mais mention en est faite aux articles 2 du Protocole n° 21 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et du Protocole n° 22 sur la position du Danemark. Le préambule du Protocole n° 22 sur la position du Danemark fait quant à lui également référence à « l'acquis dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice ».

²¹⁹⁰ Voir en ce sens Olivier AUDÉOUD, « L'acquis communautaire, du "mythe" à la pratique », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2002, vol. 33, n° 3, pp. 67-77, spéc. pp. 71-72 ; Christine DELCOURT, « The *acquis communautaire* : has the concept had its day ? », *Common Market Law Review*, 2001, vol. 38, pp. 829-870, spéc. p. 830

²¹⁹¹ Ces articles énoncent : « L'Union dispose d'un cadre institutionnel unique qui assure la cohérence et la continuité des actions menées en vue d'atteindre ses objectifs, tout en respectant et en développant l'acquis communautaire ».

²¹⁹² L'article 326 § 1 TFUE précise que « [l]es coopérations renforcées respectent les traités et le droit de l'Union » ; par ailleurs, selon l'article 20 § 4 TUE, « [l]es actes adoptés dans le cadre d'une coopération renforcée [...] ne sont pas considérés comme un acquis devant être accepté par les États candidats à l'adhésion à l'Union ».

²¹⁹³ Voir sur ce point Olivier AUDÉOUD, *op. cit.*, p. 69 ; Commission des Communautés européennes, Communication au Parlement européen et au Conseil, Codification de l'Acquis communautaire, 21 novembre 2001, COM(2001) 645 final, spéc. point 2.4, p. 10.

²¹⁹⁴ Commission des Communautés européennes, Communication, Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire, 5 décembre 2001, COM(2001) 726 final, spéc. p. 4.

par suite, à proposer des modalités renouvelées de coopération judiciaire en matière familiale (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1

LA DIVERSITÉ DES ORDRES JURIDIQUES COMME FONDEMENT D'UNE COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE FAMILIALE

430. Plan. – L'uniformité de la construction européenne, et en particulier de l'espace judiciaire européen en matière familiale, procède d'une vision pyramidale des rapports entre ordre juridique de l'Union et ordres juridiques nationaux. Son bien-fondé ne résiste pourtant pas à une analyse des fondements du droit de l'Union, ni des conditions de sa mise en œuvre, lesquels imposent de constater la place centrale qu'occupe la diversité dans l'édification européenne. Au niveau général des rapports entre Union européenne et États membres, s'appuyant sur le constat de la diversité des ordres juridiques, le paradigme pluraliste revêt ainsi une valeur explicative certaine qui laisse envisager ces relations en termes de *relevance*²¹⁹⁵ que chaque ordre juridique accorde aux autres (SECTION 1). L'Union européenne prenant appui sur une diversité d'espaces aux fondements et aux objectifs distincts, l'étude de la *relevance* accordée par chaque ordre juridique permet d'en mesurer les différences, conduisant à constater que ces espaces n'entretiennent pas le même rapport au respect de la diversité des ordres juridiques nationaux et des droits sur lequel repose l'espace de liberté, de sécurité et de justice et plus spécifiquement la coopération judiciaire en matière familiale (SECTION 2).

SECTION 1 : LA NATURE PLURALISTE DES RAPPORTS ENTRE ORDRES JURIDIQUES AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE

431. Plan. – La nature juridique de l'Union européenne, question épineuse s'il en est, occupe les débats doctrinaux depuis les prémices de la construction européenne. Trop souvent regardée d'un œil soupçonneux en raison de ses accointances avec les options politiques qu'elle traduit, elle est pourtant fondamentale à bien des égards pour démêler les difficultés auxquelles est aujourd'hui confrontée l'Union européenne dans la gestion harmonieuse des relations entre ses juridictions et les cours suprêmes nationales. En particulier, une définition claire des fondements de la coordination entre l'Union et les États membres permettrait de disposer « d'un modèle de référence pour l'analyse et il serait possible de l'utiliser pour combler les lacunes du droit communautaire. Toute réponse renvoyant à la spécificité communautaire prive de cet

²¹⁹⁵ Sur ce concept, voir Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, traduction française de la deuxième édition de l'*Ordinamento giuridico*, Lucien François, Pierre Gothot, Dalloz, 2002, 174 p., spéc. § 34, p. 106. Voir *infra*, n^{os} 455-456.

ancrage et ramène à l'existentiel »²¹⁹⁶. Les crispations autour du principe de primauté sont symptomatiques à cet égard²¹⁹⁷. C'est donc à présent à la qualification des rapports entre ordres juridiques au sein de l'Union européenne qu'il convient de s'attacher (II), ce qui présuppose de déterminer si et dans quelle mesure il est effectivement possible de qualifier l'Union européenne d'ordre juridique (I).

I. Analyse critique de la qualification d'ordre juridique de l'Union européenne

432. Depuis la proclamation jurisprudentielle d'un « nouvel ordre juridique »²¹⁹⁸ rapidement émancipé de l'ordre international²¹⁹⁹, la qualification de l'Union européenne en tant qu'ordre juridique semble largement acquise à la fois pour les institutions qui s'y réfèrent et pour la doctrine qui s'intéresse au phénomène. Pourtant, cette qualification n'a pas été accompagnée en jurisprudence, et l'a rarement été en doctrine, d'une identification des éléments sur laquelle elle repose et qui, donc, pourraient la justifier. Aussi, la notion se fait vaporeuse et la polysémie de l'expression « ordre juridique » n'est pas de nature à favoriser la définition de ses contours. Dès lors, appliquée à l'Union européenne, elle semble revêtir une signification variable d'une plume à l'autre ; l'ordre juridique désigne tantôt l'existence d'un *système normatif* découlant des traités, tantôt une *organisation* dotée d'organes, de compétences propres et d'un pouvoir de sanction. Ces fluctuations conceptuelles obscurcissent l'étude des rapports structurels entre Union européenne et États membres.

433. Plan. – Pourtant l'étude des discours institutionnel et doctrinal relatifs à l'ordre juridique permet de s'apercevoir que, quelle que soit la conception retenue, l'impression d'évidence que laisse la qualification de l'Union européenne d'ordre juridique est trompeuse. Dictée à l'origine par des considérations liées à la lutte politique de l'Union pour son existence dans un contexte international qui risquait de l'ensevelir (A), cette qualification dissimule mal le fait que la construction de l'ordre juridique européen apparaît bien plus comme un *processus en cours* que comme un acquis²²⁰⁰. Loin de représenter une rétrogradation du statut de l'Union,

²¹⁹⁶ Jean-Paul JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2018, x-854 p., spéc. n° 183, p. 125.

²¹⁹⁷ Voir sur ce point, considérant, au-delà des tensions jurisprudentielles qu'il suscite, que le passage du principe de primauté du corps du texte du « traité constitutionnel » à une annexe à l'Acte final du traité de Lisbonne « apparaît [...] comme le symptôme le plus aigu de la disparition de la confiance mutuelle dans l'Union européenne », Jacques ZILLER, *Les nouveaux traités européens : Lisbonne et après*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2008, 159 p., spéc. p. 104.

²¹⁹⁸ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, 1963, p. 3, spéc. p. 23.

²¹⁹⁹ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, 1964, p. 1149, spéc. p. 1158.

²²⁰⁰ Sur l'importance de la dimension temporelle dans l'appréhension de l'autonomie de l'Union européenne, voir Denys SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles. Colloque de la SFDI à Bordeaux*, Pedone, 2000, pp. 207-249, spéc. p. 213.

la prise en compte de cette dimension temporelle apporte un éclairage bienvenu sur une jurisprudence et des discussions doctrinales parfois confuses (B).

A. La genèse de la qualification de l'Union européenne comme ordre juridique

434. Consolidation par l'usage. – La désignation des Communautés puis de l'Union européenne comme un ordre juridique fait aujourd'hui figure de lapalissade. Depuis son énonciation à l'aube de la construction européenne au sujet de la CEECA²²⁰¹ puis sa consécration positive par la Cour de justice en 1963 au sujet de la Communauté économique européenne²²⁰², la doctrine a largement repris cette qualification, au point que Robert Kovar a pu péremptoirement affirmer en ouverture de son cours à l'Académie de droit européen que « [p]ersonne aujourd'hui ne songerait à contester que la Communauté européenne possède un ordre juridique propre, présentant une structure spécifique, autonome par rapport tant au droit international qu'aux droits nationaux des États qui en sont membres »²²⁰³. Il est certain que les occurrences de la notion d'ordre juridique des Communautés européennes puis de l'Union européenne se multiplient dans la littérature juridique relative au droit de l'Union, dépassant le cercle des communautaristes²²⁰⁴ ; la jurisprudence de nombreuses juridictions nationales a

²²⁰¹ Léontin-Jean CONSTANTINESCO, « Contribution au problème des rapports entre l'ordre juridique de la Communauté et l'ordre juridique interne des États membres », in *Actes officiels du Congrès international d'études sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Milan-Stresa, 31 mai-9 juin 1957, vol. II, Milan, Giuffrè, 1957, pp. 211-223.

²²⁰² CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, précité.

²²⁰³ Robert KOVAR, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1993, vol. IV, book 1, pp. 15-122, spéc. p. 21. Voir dans le même sens, plus nuancé, une décennie auparavant, Denys SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Pedone, 1981, xv-936 p., spéc. pp. 509-510.

²²⁰⁴ Voir notamment, parmi une littérature abondante, Loïc AZOULAI, « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et le paradigme de la traduction », in *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre. Hommage au recteur Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2009, pp. 181-199, spéc. p. 182 ; Myriam BENLOLO-CARABOT, Ulas CANDAS, Églantine CUJO (dir.), *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Pedone, 2012, xiv-912 p. ; Claude BLUMANN, Louis DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2019, xv-1039 p., spéc. n^{os} 789-799, pp. 633-640 ; Prodromos D. DAGTOGLOU, « La nature juridique de la Communauté européenne », in *Communautés européennes. Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1982, pp. 35-44, spéc. n^{os} 19-20, pp. 42-43 ; Walter GANSHOF VAN DER MEERSCH, « L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international », *RCADI*, vol. 148, 1975, pp. 1-433 ; Jean-Claude GAUTRON, « Un ordre juridique autonome et hiérarchisé », in *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens*, Joël Rideau (dir.), LGDJ, 2000, pp. 2-64 ; Jean-Paul JACQUÉ, *op. cit.*, pp. 565-694 ; Jean-Victor LOUIS, Thierry RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Genève, Bâle, Munich, Bruxelles, Paris, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, LGDJ, 2005, 458 p. ; Pierre MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, vol. 327, 2007, pp. 1-378, spéc. pp. 77-79 ; Jacques MÉGRET, « La spécificité du droit communautaire », *RIDC*, 1967, vol. 19, n^o 3, pp. 565-577, spéc. p. 570 ; Rostane MEHDI, V^o « Ordre juridique de l'Union européenne. Primauté du droit de l'Union européenne », *JCl. Europe Traité*, fasc. 196, 2017 ; Alain PELLET, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. V, book 2, 1997, pp. 193-271 ; Pierre PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 334 p. ; Joël RIDEAU, V^o « Ordre juridique de l'Union européenne », *JCl. Europe Traité*, fasc. 189, 8 février 2011 ; Denys SIMON, *op. cit.*, pp. 499-630.

également contribué à asseoir cette qualification, à l'instar de celle du Conseil constitutionnel qui a considéré qu'en adoptant l'article 88-1 de la Constitution, « le constituant a [...] consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »²²⁰⁵.

435. Contexte. – Une telle qualification ne relève pourtant en rien de l'évidence, que l'on l'aborde d'un point de vue synchronique ou d'un point de vue diachronique.

En effet, il convient de souligner que si la qualification d'ordre juridique attachée à la Communauté puis à l'Union européenne a constitué une étape cruciale de la construction juridique de cette entité, *rien dans les traités originaires ne laisse apparaître une telle orientation*. En effet, comme le rappelle Stéphane de la Rosa, « qualifier la Communauté d'ordre juridique [...] c'est là le résultat d'un choix de politique jurisprudentielle de la Cour, qui remonte aux premières décisions rendues dans le cadre de la CECA »²²⁰⁶ et qu'il convient d'analyser au regard du contexte dans lequel prennent naissance les Communautés européennes.

Ce contexte est celui d'un ordre juridique international pétri de logiques politiques nationales qui paralysent largement ce dernier, compte tenu du poids qu'elles exercent notamment au sein des juridictions internationales²²⁰⁷. Dans ces conditions, l'assimilation du droit européen au droit international et de la Cour de justice à une juridiction internationale s'est heurtée à l'esprit fédéraliste qui a animé les premières années de la construction européenne dont certains acteurs se sont employés à perpétuer et à consolider dans cette voie. À cet égard, certains avocats généraux²²⁰⁸ ont joué un rôle déterminant, qui ont « li[é ...] la qualification de l'ordre juridique communautaire à la "juridiciarisation" de la Cour de justice »²²⁰⁹ en dégagant un horizon propre à l'aune duquel ils ont invité la Cour à réfléchir. Ainsi, « la compréhension du droit primaire comme un ordre propre, conjugué à des méthodes d'interprétation qui s'écartent de la recherche du sens littéral au profit de la finalité »²²¹⁰ résulte

²²⁰⁵ Cons. const., 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, décision n° 2004-505 DC, spéc. point 11. Voir, s'agissant de décisions dans le même sens rendues par les juridictions internes d'autres États membres, Denys SIMON, *op. cit.*, p. 509.

²²⁰⁶ Stéphane DE LA ROSA, « La qualification de l'Union européenne par elle-même », in *Actes du colloque « La nature juridico-politique de l'Union européenne », Annuaire de droit de l'Union européenne, Journée d'études du centre de philosophie juridique et politique de l'Université de Cergy-Pontoise, 19 décembre 2014*, Sébastien Roland, Marie-Clotilde Runavot (dir.), Éd. Panthéon-Assas, 2015, pp. 89-105, spéc. p. 94.

²²⁰⁷ Sur ce point et le poids de la logique politique dans les blocages de la Cour internationale de justice, voir Antoine VAUCHEZ, « L'Europe et son nom de code - Paradigme constitutionnel et formation d'un nouveau centre politique », in *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Stéphanie Hennette-Vauchez, Jean-Marc Sorel (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 239-256, spéc. pp. 247-248.

²²⁰⁸ Voir en particulier le rôle de l'avocat général Maurice Lagrange, « [s]eul membre de la Cour de Justice de la CECA à avoir participé aux négociations du traité de Paris [...] et] ancien conseiller de Jean Monnet » : Antoine VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 249 ; voir également en ce sens Stéphane DE LA ROSA, *op. cit.*, pp. 98-99.

²²⁰⁹ Antoine VAUCHEZ, *op. cit.*, loc. cit., au sujet de l'avocat général Lagrange.

²²¹⁰ Stéphane DE LA ROSA, *op. cit.*, p. 94.

de l'adhésion de la Cour à l'idée selon laquelle elle « est dotée d'une mission fédérale, qui nécessite d'inscrire dans une perspective plus générale le sens du traité »²²¹¹. Cette orientation de politique jurisprudentielle sert dès lors deux objectifs : « légitimer et fermer le système »²²¹². Il s'agit, d'une part, de conférer à la Communauté puis à l'Union un socle immuable sur lequel ériger son droit interne en « légitim[ant] le processus d'intégration et ses institutions, au premier rang desquelles la Cour de justice »²²¹³, et, d'autre part, de manifester, en lui assurant une « identité propre »²²¹⁴, l'émancipation de l'entité européenne vis-à-vis des ordres juridiques étatiques et de l'ordre juridique international qui menacent de la submerger.

C'est à la lumière de ce contexte d'affirmation de son autonomie vis-à-vis d'ordres juridiques concurrents que doivent être lus les arrêts *Van Gend en Loos* et *Costa c. ENEL*. Le premier émancipe la Communauté vis-à-vis des États membres, en considérant que cette dernière « constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants »²²¹⁵ ; le second entend distinguer la Communauté de l'ordre international en proclamant « qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions »²²¹⁶. Signe d'un affranchissement entériné dans le discours institutionnel, les références à l'ordre juridique international et aux ordres juridiques nationaux disparaissent par la suite, lorsque la Cour affirme que « le traité ne se borne pas à créer des obligations réciproques entre les différents sujets de droit auxquels il s'applique, mais établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets ainsi que les procédures nécessaires pour faire constater et sanctionner toute violation éventuelle »²²¹⁷.

436. Transition. – Parfaitement intelligible sur le plan politique, la démarche ne laisse pas d'interroger sur le plan strictement juridique, tant il est acquis que la qualification doit reposer

²²¹¹ *Op. cit.*, pp. 94-95.

²²¹² *Op. cit.*, p. 98. Le terme système doit ici être compris dans son sens générique, non dans l'un de ceux qui peuvent lui être conférés en théorie générale du droit. Voir plus largement les développements consacrés à ces deux points : *op. cit.*, pp. 98-105.

²²¹³ *Op. cit.*, p. 98, et p. 99 : « Qualifier de constitutionnel le traité a sûrement permis d'appuyer une entreprise de légitimation et d'affirmation des pouvoirs de la Cour de justice. Dotée de pouvoirs inédits, à la fois proches de ceux usuellement dévolus à une juridiction internationale et de ceux conférés aux juridictions internes, la Cour a dû, aux origines de la construction européenne, affirmer son autorité, l'exclusivité de la compétence qu'elle tire des traités et la nécessité de mettre en œuvre les différentes voies de droit selon leurs logiques propres. Ainsi que le souligne dans sa thèse, dès 1966, Jean-Pierre Colin, il y a dans ces démarches de qualifications initiales l'expression d'une volonté politique, celle d'opposer la Cour aux juridictions internationales, la concevoir comme une juridiction fédérale, et justifier ainsi l'accélération du processus d'intégration ».

²²¹⁴ *Op. cit.*, p. 100.

²²¹⁵ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, précité, p. 23.

²²¹⁶ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, précité, p. 1158.

²²¹⁷ CJCE, 13 novembre 1964, *Commission c. Belgique et Luxembourg*, aff. jointes 90 et 91/63, *Rec.*, 1964, p. 1217, spéc. p. 1232.

sur des éléments tangibles, et non être artificiellement construite au service d'objectifs prédéterminés. Or, la légèreté des éléments sur lesquels repose la qualification d'ordre juridique de l'Union européenne incite à nuancer sa réalité.

B. Une caractérisation partielle : l'Union européenne, un ordre juridique en construction

437. Au-delà de la proclamation solennelle, il convient d'examiner l'appareil théorique sur lequel se fonde une telle construction. La Cour s'emploie à justifier, même de façon éparse, la caractérisation d'un ordre juridique communautaire puis de l'Union européenne, par la réunion d'éléments qui donnent lieu à une définition doctrinale normativiste²²¹⁸ de cet ordre juridique, perçu comme un ensemble de normes. Certains auteurs, cependant, peu convaincus par une telle définition²²¹⁹, confrontent les caractéristiques de l'Union européenne à une définition institutionnelle de l'ordre juridique²²²⁰, perçu comme « un être social au sein duquel se manifeste un pouvoir et prennent naissance des normes »²²²¹. S'il ne nous appartient pas, dans le cadre de la présente étude, de prendre position sur la conception de l'ordre juridique à retenir, il nous est en revanche permis de constater que l'Union ne peut être aujourd'hui qualifiée d'ordre juridique au regard d'aucune des deux principales conceptions auxquelles se rattachent la Cour de justice et la doctrine pour qualifier l'Union.

438. **Développement d'une conception normativiste.** – Les juges européens centrent leurs développements sur le traité CEE et les éléments auxquels il donne naissance. Ainsi, l'arrêt *Van Gend en Loos* fait précéder la qualification de la Communauté d'ordre juridique d'un énoncé

²²¹⁸ Sur la théorie normativiste de l'ordre juridique, voir notamment Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction française de la deuxième édition de la *Reine Rechtslehre*, Charles Eisenmann, LGDJ, Bruylant, 1999, 367 p. ; y appliquant une distinction bien connue entre normes primaires et normes secondaires, voir Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit*, traduction française, Michel van de Kerchove, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 2^{ème} éd., 2005, 344 p. Pour une analyse critique de ces premiers travaux, voir Norberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *Essais de théorie du droit*, traduction française, Michel Guéret, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1998, 286 p., spéc. pp. 159-173 ; Pierre MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, vol. 327, 2007, pp. 1-378, spéc. n^{os} 17-18, pp. 38-40 ; Sandrine PINA, « La connaissance pure du droit et ses limites », p. 10, [en ligne], consulté le 12 décembre 2015. URL : <http://constitutionlibertatis.hautetfort.com/files/PINA.pdf>.

²²¹⁹ Voir notamment Antoine BAILLEUX, Hugues DUMONT, *Le pacte constitutionnel européen. Tome 1, Fondements du droit institutionnel de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 562 p., spéc. n^{os} 234-235, p. 107.

²²²⁰ Sur l'ordre juridique comme corps social, voir notamment Charles LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, 2001, n^o 33, pp. 19-39 ; Pierre MAYER, *op. cit.*, n^{os} 19-26, pp. 40-47 ; Santi ROMANO, *op. cit.* (à l'intérieur de cet ouvrage, voir également Phocion FRANCESCAKIS, Introduction à l'édition française de la seconde édition de *L'ordre juridique* et Pierre MAYER, préface à *L'ordre juridique*) ; David SINDRÈS, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, 2008, xvi-348 p., spéc. n^{os} 52-61, pp. 31-38.

²²²¹ Pierre MAYER, préface à *L'ordre juridique*, cinquième page. C'est nous qui soulignons.

du contenu des normes²²²² et de ses destinataires²²²³. La dissociation entre les ressortissants des États membres, simples sujets du droit communautaire, et les États membres, qui en plus d'être des sujets « ont reconnu au droit communautaire une autorité »²²²⁴, semble insuffisante pour donner lieu à une réflexion sur la prise en compte, au-delà des normes, d'un corps social. L'arrêt *Costa* est plus ambigu, qui affirme que les États membres ont « institu[é] une Communauté de durée illimitée dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté »²²²⁵, tout en identifiant par la suite « ordre juridique » et « droit communautaire »²²²⁶. L'arrêt *Commission c. Belgique et Luxembourg* assimile cependant clairement l'ordre juridique à un ensemble de normes en considérant que le traité « établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets ainsi que les procédures nécessaires pour faire constater et sanctionner toute violation éventuelle »²²²⁷.

439. Dès lors, l'analyse doctrinale, dont le rôle a été déterminant dans la construction de l'idée de l'existence et de la spécificité de l'ordre juridique européen²²²⁸, conçoit généralement ce dernier au travers de son contenu — comme un ensemble de normes — et de ses caractéristiques — l'autonomie, l'effet direct et la primauté. Seuls quelques exemples sont exposés ici, mais ils sont représentatifs de l'analyse doctrinale majoritaire de l'ordre juridique de l'Union européenne.

Denys Simon constate ainsi que « les Communautés européennes possèdent un ordre juridique autonome, présentant une structure spécifique, distinct à la fois du droit international général et des droits internes des États membres de l'organisation. Il est généralement admis [...] que les traités de Paris et de Rome ont donné le jour à un *système normatif particulièrement développé*, qui est parvenu à un stade remarquablement évolué d'intégration juridique »²²²⁹. De

²²²² Le « traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des *obligations mutuelles entre les États contractants* » et prévoit « la *création d'organes* qui institutionnalisent des *droits souverains* dont l'exercice affecte aussi bien les États membres que leurs citoyens » : CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, précité, *loc. cit.* C'est nous qui soulignons.

²²²³ Les sujets désignés du droit communautaire sont à la fois les États membres et leurs ressortissants. Ainsi, la Cour se réfère à « l'objectif du traité C.E.E. qui est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté », aux « *droits souverains* dont l'exercice affecte aussi bien les États membres que leurs citoyens », au fait que « les ressortissants des États réunis dans la Communauté sont appelés à collaborer [...] au fonctionnement de cette Communauté » : CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, précité, *loc. cit.*

²²²⁴ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, précité, *loc. cit.*

²²²⁵ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, précité, p. 1159. Voir, nuanciant la spécificité de ces éléments par rapport au droit international, Bruno DE WITTE, « Retour à "Costa". La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *RTD eur.*, 1984, pp. 425-454, spéc. p. 447.

²²²⁶ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, précité, *loc. cit.*

²²²⁷ CJCE, 13 novembre 1964, *Commission c. Belgique et Luxembourg*, précité, *loc. cit.*

²²²⁸ Voir en ce sens Bruno DE WITTE, *op. cit.*, p. 446 et les auteurs cités à la note 88.

²²²⁹ Denys SIMON, *op. cit.*, *loc. cit.* C'est nous qui soulignons.

façon fort discutable, l'auteur considère que l'existence d'un système normatif développé suffirait à lui seul à caractériser l'ordre juridique. Rattachant explicitement son analyse de l'ordre juridique communautaire au normativisme kelsénien²²³⁰, il tient pour synonymes les locutions « système juridique » et « ordre juridique », faisant fi du caractère incomplet de l'ensemble normatif considéré qui disqualifie pourtant, dans les écrits du maître de Vienne, une telle caractérisation²²³¹. Le premier auteur affirme ainsi que « l'ordre juridique communautaire constitue un *système de normes* distinct d'autres systèmes de normes, c'est-à-dire peut se définir comme un "ensemble dont les éléments ne s'agrègent pas par hasard, mais constituent un 'ordre' en ce qu'ils sont reliés les uns aux autres et à l'ensemble lui-même par des liens tels qu'on ne peut envisager l'un de ces éléments isolés de son entourage sans l'analyser faussement" »²²³².

De même, les premiers auteurs des *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes* ont étudié la qualification d'ordre juridique résultant de l'arrêt *Van Gend en Loos* sous l'angle de l'exploration par la Cour de justice d'un « thème *normatif* »²²³³. Par ailleurs, la plupart des manuels de droit institutionnel de l'Union européenne comportent une section intitulée « Ordre (ou système) juridique de l'Union européenne » qui, souvent, possède deux caractéristiques. D'une part, cette section est consacrée à la description du système normatif — sources et mise en œuvre du droit de l'Union —²²³⁴, les développements relatifs aux organes étant fréquemment²²³⁵ abordés dans une section distincte relative à l'organisation

²²³⁰ *Op. cit.*, p. 510 : « l'unité du système communautaire, comme de tout autre système de normes, résulte, en termes kelsénien, de ce qu'elles peuvent être "rapportées (*zurückgeführt*) à une norme fondamentale commune", soit d'un point de vue statique, parce que les différentes règles du système apparaissent comme les conséquences particulières de la norme fondamentale, soit d'un point de vue dynamique, parce que les règles dérivées sont adoptées conformément aux règles de création posées par la norme fondamentale ». Voir également dans ce sens Constantin N. KAKOURIS, « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres (Quelques réflexions parfois peu conformistes) », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 319-345, spéc. n^{os} 7-24, pp. 321-324.

²²³¹ Sur ce point, voir *infra*, n^o 444.

²²³² Denys SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *op. cit.*, *loc. cit.*, citant Jean Combacau, « Le droit international, bric-à-brac ou système ? », in *Le système juridique*, *Arch. phil. droit*, 1986, vol. 31, spéc. p. 86. C'est l'auteur qui souligne. Voir également, adoptant des formulations révélant une approche similaire d'identification de l'ordre juridique à un ensemble de normes, Hélène GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel. Cours général) », *RCADI*, vol. 312, 2005, pp. 1-488, spéc. n^{os} 136-137, p. 147 : « Si la règle européenne est plus protectrice que la constitution nationale, il n'y a pas de difficulté majeure à l'appliquer. Au cas où, à l'inverse, il y aurait une défaillance de l'ordre juridique communautaire, alors il faudrait sans doute faire prévaloir la constitution nationale. [...] On remarquera [...] que la Cour de justice, si elle affirme la primauté de l'ordre juridique communautaire sur les constitutions nationales, admet, en revanche, que l'ordre juridique communautaire doit respecter le droit international général ». C'est nous qui soulignons.

²²³³ J. BOULOUIS, R.-M. CHEVALLIER, note sous CJCE, 7 février 1973, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, aff. 39/72, *GACJCE*, n^o 37, pp. 206-211, spéc. p. 210. C'est nous qui soulignons.

²²³⁴ Voir par exemple Jean-Paul JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, n^{os} 877-1070, pp. 565-694.

²²³⁵ Voir cependant, consacrant des développements aux organes de l'Union européenne, mais en tant qu'ils sont un « système institutionnel de création de normes », Jean-Victor LOUIS, Thierry RONSE, *op. cit.*, pp. 47-66.

institutionnelle de l'Union. D'autre part, la question de la définition théorique de l'ordre juridique est généralement contournée, soit qu'elle n'y soit pas abordée, soit que la diversité des définitions soit simplement évoquée ou fasse l'objet d'une tentative de synthèse²²³⁶, le reste des développements se concentrant plutôt sur les caractéristiques, générales ou particulières à un ordre juridique donné, qui font l'objet d'un large consensus²²³⁷. La consécration jurisprudentielle n'y est donc pas confrontée à une définition de l'ordre juridique mais s'en trouve pourtant, du seul fait de la fréquence de son usage, consolidée.

440. Référence indirecte à une conception institutionnelle. – Pourtant, il ressort plus ou moins nettement de certaines de ces analyses que l'assimilation de l'ordre juridique à un système normatif ne convainc pas pleinement les auteurs mêmes qui y procèdent. Ceux-ci se trouvent embarrassés par l'insuffisance de cette définition au regard du but de l'affirmation d'un ordre juridique européen, but qui réside dans la consolidation d'un pouvoir propre de l'Union européenne vis-à-vis de certaines institutions internationales (en particulier de l'Organisation des Nations unies et du Conseil de l'Europe) et des ordres juridiques étatiques. Or, « [l]'identité »²²³⁸, le caractère « propre » de l'ordre juridique européen ne peut se concevoir sans une caractéristique que l'ordre juridique doit revêtir pour être considéré en tant que tel, et non « comme un sous-système partie d'un ensemble plus vaste »²²³⁹ : l'autonomie²²⁴⁰. Traditionnellement, cet attribut s'entend de la possibilité pour un ordre

²²³⁶ Voir, pour un exemple de qualification particulièrement malaisée de l'Union européenne d'ordre juridique, conduisant à une explication pour le moins obscure, Jean-Louis CLERGERIE, Annie GRUBER, Patrick RAMBAUD, *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, xx-1088 p., spéc. n° 244, p. 229 : « L'encadrement juridique de l'Union se caractérise par un *ensemble unitaire complexe de règles et de principes qui imposent aux États membres l'efficacité d'un ordre juridique autonome*. Dans ce vaste ensemble se dégage une hiérarchie de règles de droit dont les conditions d'application renforcent l'unité du droit de l'Union ». C'est nous qui soulignons.

²²³⁷ Voir par exemple Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 11^{ème} éd., 2018, 1036 p., spéc. n° 577, p. 351 : « On appelle *ordre juridique* un ensemble organisé et structuré de normes juridiques possédant ses propres sources, doté d'organes et procédures aptes à les émettre, à les interpréter ainsi qu'à en faire constater et sanctionner, le cas échéant, les violations.

« Si les approches théoriques de la notion sont légion, les plus significatives étant certainement issues des conceptions institutionnelles, normativistes et post-normativistes, l'accord est plus général pour reconnaître à tout ordre juridique des caractères d'unité, de cohérence, de complétude et d'efficacité ».

²²³⁸ Sur cette notion, voir François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses universitaires de Saint-Louis, 2002, 599 p., spéc. pp. 183-197.

²²³⁹ Denys SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, *op. cit.*, p. 513. Voir également en ce sens, constatant la déficience d'une définition strictement normativiste de l'ordre juridique, Antoine BAILLEUX, Hugues DUMONT, *op. cit.*, *loc. cit.*, renvoyant à François Ost, Michel van de Kerchove, *op. cit.*, p. 188 et s. : « Entendue dans cette acception, la notion d'ordre juridique est extrêmement large. Elle renvoie peu ou prou à tout ensemble structuré de normes et d'institutions propres à un groupement, la transgression de ces normes justifiant des sanctions effectives. [...] À défaut d'être précisée, cette définition de l'ordre juridique demeure cependant trop large pour être convaincante. Elle ne permet pas, en effet, de faire la différence entre un ordre juridique propre et un simple "segment" de celui-ci. Avec F. Ost et M. van de Kerchove, on affirmera donc que pour qu'un ensemble de règles primaires et secondaires constitue un ordre juridique, encore faut-il qu'il jouisse d'un certain degré d'autonomie ».

²²⁴⁰ Voir, examinant en particulier la question de l'autonomie du droit communautaire par rapport au droit international, Denys SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *op. cit.*, pp. 207-249.

juridique de définir ses propres normes, soit les conditions de leur juridicité et de leur validité²²⁴¹. Cependant, apparaissent en filigrane chez certains auteurs d'autres dimensions de l'autonomie, que François Ost et Michel van de Kerchove se sont employés à systématiser. Ces auteurs énumèrent ainsi « trois formes distinctes d'autonomie, qu'on peut qualifier de "sociale", d'"organique" et d'"organisationnelle" »²²⁴² et considèrent que « l'identité d'un système juridique est susceptible de degrés, selon que ces différents critères se trouvent plus ou moins réunis »²²⁴³.

De ces trois dimensions de l'autonomie, celle qui se rapproche le plus du sens qui est couramment attribué à la notion est « ce que certains appellent une *autonomie constitutionnelle* ou *constitutive*, que l'on peut également qualifier d'*organisationnelle*, au sens d'une "faculté d'auto-organisation" du système juridique »²²⁴⁴. Cette dimension de l'autonomie est celle qui réside chez Kelsen dans la "caractéristique essentielle du droit [...] de "régler lui-même sa création et son application" »²²⁴⁵ et chez Hart dans les règles secondaires et en particulier la règle de reconnaissance²²⁴⁶. Mais l'élément dans lequel réside tout l'intérêt de cette dimension de l'autonomie n'émerge pas des théories normativistes qui tendent à appréhender l'ordre juridique comme un ensemble désincarné ; cet élément, c'est le *pouvoir*, la *puissance* d'auto-organisation que les auteurs belges retrouvent chez Carré de Malberg, Jellinek et Burdeau²²⁴⁷. L'existence d'un tel pouvoir conduit à la possibilité de l'analyser sous deux angles différents. En aval, la question de son exercice, de ses manifestations, pose celle de l'autonomie organique de l'entité en cause, qui peut disposer d'organes « exclusifs » ou d'organes qui agissent au nom d'un autre pouvoir²²⁴⁸. En amont, et bien plus fondamentalement²²⁴⁹, le pouvoir, en tant qu'il est une « conduite des conduites »²²⁵⁰ suscite « trois interrogations [...] : quelle est la source de ce pouvoir ? Quelle en est la justification ? Et pourquoi doit-on lui obéir ? »²²⁵¹. La réponse à

²²⁴¹ Voir notamment sur ce point François RIGAUX, *Droit international privé*, t. I, Bruxelles, Larcier, 2^{ème} éd., 1987, xc-386 p., spéc. n° 1, p. 3.

²²⁴² François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 188.

²²⁴³ *Ibid.*

²²⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 193-194 et les auteurs auxquels il est renvoyé.

²²⁴⁵ *Op. cit.*, p. 194, renvoyant à Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 96 et p. 261. Ce sont les auteurs qui soulignent.

²²⁴⁶ Voir sur ce point François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 195.

²²⁴⁷ Voir le développement consacré à cet élément, *op. cit.*, p. 194.

²²⁴⁸ Sur ce point, voir *op. cit.*, pp. 190-193.

²²⁴⁹ Voir en ce sens, relevant que certains auteurs s'en tiennent à cette seule dimension pour caractériser l'identité d'un ordre juridique, *op. cit.*, p. 190.

²²⁵⁰ Sur cette notion, voir Michel FOUCAULT, « Le pouvoir, comment s'exerce-t-il », in Michel Foucault : *un parcours philosophique. Au-delà de l'objectivité et de la subjectivité*, Hubert Dreyfus, Paul Rabinow (dir.), Gallimard, 1984, pp. 308-321, spéc. pp. 313-314.

²²⁵¹ Vincent HEUZÉ, « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice. L'abolition de la démocratie (1^{ère} partie) », *JCP G*, n° 13, 28 mars 2011, doct. 359, pp. 602-606, spéc. n° 6, p. 604. Voir également sur cette question Guy CANIVET, « Au nom de qui, au nom de quoi jugent les juges ? De la gouvernance démocratique de la Justice », *Après-demain*, 2010, vol. 3, n° 15, pp. 3-7.

ces questions réside dans une autre dimension de l'autonomie : l'autonomie sociale. Pour la définir, les auteurs se réfèrent explicitement aux écrits de Santi Romano pour affirmer qu'elle « suppos[e] l'existence d'un "corps social" spécifique »²²⁵². L'autonomie dans ses trois dimensions a ainsi trait aux conditions nécessaires à la formation et à la sanction d'un ensemble de normes prétendant organiser une société donnée. Il semble dès lors qu'il faille envisager l'autonomie non comme l'une des qualités d'un ordre juridique préconstitué, mais comme un élément de sa constitution²²⁵³.

441. Une caractérisation partielle de l'ordre juridique quelle que soit la conception retenue. – Or, confronter la construction européenne à la définition institutionnelle de l'ordre juridique ou à la définition normativiste enrichie de l'autonomie conduit nécessairement à nuancer l'affirmation de l'existence d'un ordre juridique européen qui, pour résulter d'une politique jurisprudentielle volontariste, peut apparaître « dogmatique »²²⁵⁴ à certains égards, ou du moins à la replacer dans le cadre d'un processus en cours de développement, celui de la *construction* d'un ordre juridique.

442. Il est en effet indubitable que l'Union européenne présente d'ores et déjà par de nombreux aspects certains des traits d'un ordre juridique. Ainsi dispose-t-elle, tout d'abord, d'un ensemble normatif développé et hiérarchisé dont une partie est adoptée et sanctionnée de manière autonome et exclusive. C'est le cas des instruments de droit dérivé soumis à la procédure ordinaire, qui, en tant qu'ils sont adoptés à la majorité qualifiée, dépassent, au moins formellement, l'expression d'une simple conjonction diplomatique d'intérêts nationaux. Ensuite, l'adoption et la mise en œuvre de ces instruments repose en partie sur un système institutionnel propre, particulièrement sophistiqué, qui répartit les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire entre différents organes de sorte à « faire coexister plusieurs légitimités distinctes »²²⁵⁵ qu'ils incarnent : la Commission, « organe porteur de la légitimité intégrative, garante de l'intérêt général communautaire »²²⁵⁶ dispose de pouvoirs d'initiative, initiative monopolistique en matière législative ; le Conseil de l'Union européenne et le Conseil européen portent une « légitimité intergouvernementale »²²⁵⁷, le premier étant le principal législateur de l'Union, le second étant investi d'une fonction politique ; le Parlement européen, investi d'une légitimité démocratique, partage avec le Conseil une fonction législative et dispose de pouvoirs

²²⁵² François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 189.

²²⁵³ En ce sens, voir Antoine BAILLEUX, Hugues DUMONT, *op. cit.*, n° 235, p. 107.

²²⁵⁴ En ce sens, voir Loïc AZOULAI, « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *RFDA*, 2003, pp. 859-875, spéc. p. 860. Sur un usage dogmatique par la Cour de l'affirmation de la singularité de l'Union, voir Denys SIMON, « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Europe*, 2015, n° 2, étude 2, pp. 4-9, spéc. n° 7, p. 5.

²²⁵⁵ Denys SIMON, *Le système communautaire*, PUF, 3^{ème} éd., 2001, 779 p., spéc. p. 183.

²²⁵⁶ *Op. cit.*, n° 132, p. 195.

²²⁵⁷ *Op. cit.*, n°s 140-152, pp. 203-217.

de contrôle budgétaire et politique²²⁵⁸ ; la Cour de justice de l'Union européenne, enfin, assure le contrôle juridictionnel au sein de l'Union en tant que juge de la validité et de l'interprétation des textes du droit de l'Union²²⁵⁹. Enfin, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice que la proclamation de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne découle d'une analyse des nécessités qu'impliquent les objectifs que les rédacteurs des traités ont assignés à l'Union européenne²²⁶⁰. L'organisation qui résulte de la construction européenne est ainsi tout orientée à la poursuite de buts prédéfinis, à tel point que la proclamation de l'autonomie de l'ordre juridique européen par la Cour de justice repose largement sur un processus inductif à partir des objectifs définis par les auteurs des traités²²⁶¹.

443. Cela étant, certains aspects fondamentaux de l'ordre juridique restent encore à faire plus nettement émerger ou à consolider. Ainsi du corps social européen sur lequel doit être fondé l'ordre juridique de l'Union européenne selon une conception institutionnelle et dont l'existence et la consistance restent actuellement sujettes à débat. Si la Cour de justice a entretenu le flou en soulignant à plusieurs reprises que les destinataires du droit de l'Union européenne sont à la fois les États membres et leurs ressortissants²²⁶² et si une partie de la doctrine considère, avec François Rigaux, que l'ordre juridique se caractérise notamment par « l'existence d'une société dont les membres sont à la fois les destinataires des normes et ceux qui ont contribué à leur formation »²²⁶³, cette coïncidence n'est pas certaine au sein de l'Union européenne. Le peuple européen n'est pour l'heure ni advenu ni projeté²²⁶⁴, et l'on en trouve la démonstration dans divers éléments issus du droit de l'Union parmi lesquels figurent, d'une part, le présupposé de la préservation de la diversité *des* peuples européens sur lequel repose la

²²⁵⁸ *Op. cit.*, n^{os} 155-165, pp. 220-229.

²²⁵⁹ *Op. cit.*, n^{os} 166-176, pp. 230-238.

²²⁶⁰ Voir sur ce point Denys SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *op. cit.*, pp. 220-221.

²²⁶¹ *Ibid.*

²²⁶² Voir notamment CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, précité, p. 23. Voir à cet égard Miguel POIARES MADURO, « La fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel : l'approche du droit communautaire », in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Édouard Dubout, Sébastien Touzé (dir.), Pedone, 2010, pp. 199-213, spéc. p. 202 : « Dès ses premières décisions de principe, la Cour considèrerait cet ordre juridique comme relevant d'un accord entre les peuples d'Europe et non pas seulement entre ses États membres ».

²²⁶³ François RIGAUX, *op. cit.*, *loc. cit.*

²²⁶⁴ Voir en ce sens Joseph H. H. WEILER, « Fédéralisme et constitutionnalisme : le *Sonderweg* de l'Europe », in *Une constitution pour l'Europe ?*, Renaud Dehousse (dir.), Presses de Sciences Po, 2002, pp. 151-176, spéc. pp. 171-172 : « Une Union plus poussée pourrait être réalisée par la fusion de ces peuples en un seul, ce qui est à la fois l'idéal et la réalité de la plupart des États, fédéraux ou non. Or, l'Europe a rejeté cet idéal, ce destin, afin de préserver la diversité des différents peuples européens, notamment au point de vue culturel, ainsi que leur autonomie politique ». Voir également, évoqué dans le cadre de l'analyse de la confrontation à la construction européenne des notions de souveraineté et de pouvoir constituant, François-Xavier MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, xx-365 p., spéc. p. 300.

construction européenne²²⁶⁵. Il faut cependant envisager l'hypothèse dans laquelle le maintien de la diversité des peuples ne serait pas de nature à faire obstacle à la formation d'un corps social les incluant. Dans un tel cas, il faudrait encore appréhender les précisions qui résultent du traité de Lisbonne sur ce point à la lumière d'une lecture comparée de ce texte et du traité établissant une Constitution pour l'Europe. L'article I-1 § 1 de ce dernier traité adopte une approche très différente de celle qui a subsisté en 2007 lorsqu'il affirme qu'« [i]nspirée *par la volonté des citoyens et des États* d'Europe de bâtir leur avenir en commun, la présente Constitution *établit* l'Union européenne ». Il est donc permis de prendre acte, avec Anne Rigaux, du fait que « l'Union était fondée sur un concours de volonté des peuples et des États, donc sur une double légitimité, qui disparaît purement et simplement [dans le traité de Lisbonne], ce qui ne peut s'analyser comme une inadvertance rédactionnelle, et ne peut manquer de faire sens »²²⁶⁶. D'autre part, le défaut de pouvoir de sanction directe de l'Union sur les ressortissants des États membres — en dehors du droit de la concurrence et de la PESC, domaines dans lesquels le Conseil et/ou la Commission sont titulaires d'un tel pouvoir — peut s'analyser comme une conséquence de la situation des peuples européens en dehors du corps social européen qui les aurait empêchés de consentir l'obéissance à un tel pouvoir. Il revient ainsi largement aux juges nationaux de sanctionner les éventuelles violations du droit de l'Union par les particuliers, juges qui, s'ils agissent dans ce cadre en tant que juges du droit de l'Union de droit commun, ne sont pas pour autant soumis hiérarchiquement aux juridictions de la Cour de justice de l'Union européenne. L'« appareil [européen] de contrainte sociale »²²⁶⁷ pesant sur les particuliers fait largement défaut, faute de pouvoir trouver sa source dans un corps social unitaire composé des ressortissants des États membres.

Le corps social sur lequel pourrait reposer l'ordre juridique européen n'étant pas composé des États membres *et* de leurs ressortissants, reste à savoir si la réunion des États membres constitue en elle-même, de par son unité, un corps social. L'*Union* européenne constitue à n'en pas douter celle de ses États membres ayant mis en commun l'exercice de certaines de leurs compétences pour remplir des objectifs partagés. Pourtant, plus de soixante ans après le début de la construction européenne, l'intergouvernemental le dispute encore au communautaire, la première logique ayant été fortement renforcée dans le traité de Lisbonne. Nous nous rallions

²²⁶⁵ Voir notamment l'article 1 § 2 TUE : « Le présent traité marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre *les peuples* de l'Europe » ; article 3 § 1 TUE : « L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de *ses peuples* ». C'est nous qui soulignons.

²²⁶⁶ Anne RIGAUX, « Derrière les rideaux de fumée du traité de Lisbonne : le “retour des États” ? », in *La France, l'Europe et le monde. Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Pedone, 2008, pp. 447-465, spéc. p. 459.

²²⁶⁷ Voir, définissant l'ordre juridique comme un « appareil au moins rudimentaire de contrainte sociale veillant à ce que les normes soient, grâce aux institutions appropriées, respectées par leurs destinataires », François RIGAUX, *op. cit.*, *loc. cit.*

à cet égard au constat circonstancié formulé par Anne Rigaux qui, parmi d'autres auteurs²²⁶⁸, discerne « [d]errière le rideaux de fumée du traité de Lisbonne[,] le "retour des États" »²²⁶⁹. Le processus d'adoption du traité même est marqué du sceau de l'interétatique, incontournable pour relancer la construction européenne. L'auteure l'explique : « [r]edevenus maîtres du contenu de la révision, alors que celui-ci leur avait au moins partiellement échappé compte tenu des modalités inédites d'élaboration du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe par une Convention largement ouverte à l'expression d'autres voix que la leur, les États se sont livrés, lors de la Conférence chargée de rédiger le nouveau traité, ouverte le 23 juillet 2007, à un exercice de tractations complexes dans lequel jouaient des intérêts pour le moins contradictoires, impliquant des concessions et des compromis caractéristiques des négociations intergouvernementales les plus classiques »²²⁷⁰. C'est donc moins l'unité qui a primé que la défense jalouse d'intérêts souvent strictement étatiques. S'est ensuivi un texte fortement empreint d'une grande circonspection de la part des États et qui « fourmille [...] de "petites concessions entre amis" caractéristiques de la méthode diplomatique, qui ont manifestement été le prix de l'accord final, dans lesquelles on reconnaît sans peine la patte de tel ou tel État et qui ne contribuent pas forcément à la cohérence de l'ensemble du texte »²²⁷¹. Les États membres figurent dans le traité de 2007, en raison d'une « multiplication presque obsessionnelle et souvent redondante de précautions et de verrous introduits [...] sur la question de la dévolution et de la répartition des compétences »²²⁷², comme autant de puissances juxtaposées, loin de converger vers une entité unique qui les dépasse. Aux termes de l'article 1 § 1 TUE, c'est ainsi très clairement que les États membres affirment que l'institution de l'Union européenne est affectée à la poursuite de « leurs objectifs communs ». Comme le souligne Anne Rigaux « [o]n ne saurait mieux dire que les objectifs de l'Union ne sauraient être rien d'autre que les objectifs des États et d'eux seuls, et non plus cette conjonction inédite d'intérêts caractéristique de la construction communautaire, qui les intègre en les dépassant »²²⁷³. Il ressort dès lors de ces éléments que les États membres conçoivent encore largement leurs rapports dans le cadre de l'Union européenne sous l'angle de l'interétatique et

²²⁶⁸ Voir notamment Julien FUSEAU, « Le traité de Lisbonne, reflet de l'emprise des États membres sur l'Union européenne », in *Quel avenir pour l'intégration européenne ? Regards croisés franco-allemands sur le traité de Lisbonne*, Abdelkhaleq Berramdane, Adelheid Puttler, Jean Rossetto, Wolfram Cremer (dir.), Tours, Presses Universitaires François-Rabelais, 2010, spéc. pp. 125-163, et plus largement la partie de l'ouvrage collectif intitulée « Le retour des États » dans laquelle s'insère cet article ; *contra*, Francesco MARTUCCI, « Le traité de Lisbonne ou le mythe du retour des États », Contribution à la conférence « Le Traité de Lisbonne 10 ans après : une Union à la croisée des chemins ? », organisée les 28 et 29 mars 2019 à l'Institut d'études européennes de l'Université Libre de Bruxelles, publication à paraître sur le Blog droit européen.

²²⁶⁹ Nous empruntons cette formule au titre de son article : Anne RIGAUX, *op. cit.*

²²⁷⁰ *Op. cit.*, p. 451.

²²⁷¹ *Op. cit.*, p. 453.

²²⁷² *Op. cit.*, p. 458.

²²⁷³ *Op. cit.*, pp. 458-459.

non sous un angle unitaire, fragilisant ainsi la thèse de l'existence d'un véritable *corps social* au sens de la théorie institutionnelle de l'ordre juridique — ou d'une autonomie sociale sous la plume de François Ost et Michel van de Kerchove.

444. Au reste, la caractérisation de l'Union européenne d'ordre juridique au sens normativiste de l'expression ne résiste pas plus à l'analyse. En effet, si l'Union européenne détermine bien elle-même une partie de ses normes²²⁷⁴, deux réserves y relatives méritent d'être formulées dans le cadre de l'analyse de la sa qualification en tant qu'ordre juridique. D'une part, l'Union ne dispose pas de la compétence de sa compétence ; elle ne dispose pas « en propre du *fondement de sa validité* »²²⁷⁵. Elle ne détermine ni la nature, ni l'étendue de sa compétence. Cette prérogative revient aux États membres qui sont libres de lui déléguer ou non certaines de leurs compétences dans le but d'atteindre les objectifs qui lui sont fixés. Plus loin, les États membres demeurent fondamentalement maîtres des compétences de l'Union même après les lui avoir déléguées, étant donné que les traités prévoient non seulement que « [l]es États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne »²²⁷⁶, mais aussi que les projets tendant à la révision des traités « peuvent, entre autres, tendre à accroître *ou à réduire* les compétences attribuées à l'Union dans les traités »²²⁷⁷. L'Union ne peut donc être qualifiée d'ordre juridique dans une perspective normativiste, dès lors qu'elle ne dispose pas de la faculté de régler elle-même, de façon autonome, la création de son droit. D'autre part, la logique intergouvernementale prime encore, à l'intérieur même du droit de l'Union, dans certains domaines qui imposent un vote à l'unanimité du Conseil et réduit le Parlement européen à un organe consultatif ; c'est par exemple le cas de la matière familiale²²⁷⁸.

445. Conclusion. – Dans ces conditions, il nous est difficile d'affirmer, de manière aussi impérieuse que le font la Cour de justice et une partie de la doctrine, que l'Union européenne constitue *d'ores et déjà* un ordre juridique. Il nous paraît plutôt devoir situer cette question dans le cadre d'un processus en cours, dont les fondements sont en partie définis, mais qui n'est pas achevé, faisant de l'Union européenne un ordre juridique *en construction*. La conscience de ce

²²⁷⁴ Voir *supra*, n° 442.

²²⁷⁵ Karine CAUNES, « La nature du système juridique européen : retour sur le principe de primauté », in *L'eupéanisation des droits à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Jacques Ziller (dir.), pp. 281-298, spéc. p. 283. C'est l'auteure qui souligne.

²²⁷⁶ Article 2 § 2 TFUE.

²²⁷⁷ Article 48 § 2 TUE. C'est nous qui soulignons. Sur cette dernière précision, voir Anne RIGAUX, *op. cit.*, p. 463 : « On conviendra bien entendu que cette disposition n'a aucune portée juridique autonome ni même nouvelle. Elle ne permet pas subitement de surmonter une limite matérielle à la révision qui n'existait en aucune manière dans les versions antérieures des traités. Il n'en reste pas moins que la nécessité de faire passer du "non-dit" au "dit" cette évidence est en elle-même révélatrice de l'état d'esprit obsessionnel et défendus des États sur cette question ».

²²⁷⁸ Article 81 § 3 TFUE.

phénomène ne semble cependant pas totalement étrangère à la doctrine qui par ailleurs allègue de l'existence acquise de l'ordre juridique de l'Union. Nous nous rangeons ainsi sans réserve à l'opinion de Robert Kovar lorsqu'il soutient que « [s]i le socle de l'ordre juridique communautaire est posé dès 1963-1964, il était évident que "l'établissement systématique de cet ordre juridique représente un processus [...] en marche et non pas une structure définitivement cristallisée" »²²⁷⁹. À cet égard, il convient de souligner que la politique jurisprudentielle volontariste de la Cour de justice contribuera sans nul doute à terme « à définir la collectivité dont [l]e droit [de l'Union est] l'expression »²²⁸⁰, au travers du dialogue qui s'est instauré depuis longtemps entre elle et les « maîtres des traités », que ce soit à l'occasion d'un contentieux, par l'intermédiaire de leurs juges, ou à celle de la révision des traités, par celui de leurs représentants.

446. Transition. – Ce processus, comme nous l'avons vu²²⁸¹, ne va ni sans résistances étatiques ni sans velléités hégémoniques de la part de l'Union européenne. Il nous semble cependant que l'état paroxystique des tensions suscitées par la construction européenne doit être perçu comme une opportunité sans précédent de réflexion sur les rapports à édifier entre les ordres juridiques étatiques et l'ordre juridique de l'Union en construction. Dans cette perspective, si à l'issue de ces développements il est permis de constater, avec Loïc Azoulai, que la notion d'ordre juridique de l'Union européenne a été « [mise] en circulation par la Cour de justice des Communautés européennes pour qualifier la production juridique de la Communauté [...] et a] surtout permis d'éviter de se prononcer sur la nature de l'organisation elle-même »²²⁸², le traité de Lisbonne peut être pensé comme « un épisode préliminaire et sans doute indispensable à un potentiel travail curatif de "perlaboration" (*Durcharbeitung*) des acteurs étatiques de la construction communautaire »²²⁸³. Dans ces conditions, l'Union européenne disposant d'ores et déjà de certains traits d'un ordre juridique et la définition des autres aspects dépendant en partie de ses interactions avec les ordres juridiques étatiques, la progressivité de la construction de l'ordre juridique européen ne nous paraît pas empêcher d'envisager ses relations avec ces derniers dans le cadre classique des rapports entre ordres juridiques²²⁸⁴.

²²⁷⁹ Robert KOVAR, *op. cit.*, p. 24, citant Léontin-Jean Constantinesco, *Actes officiels du Congrès international d'études sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 1958, t. II, p. 236.

²²⁸⁰ J. BOULOUIS, R.-M. CHEVALLIER, note précitée, p. 210.

²²⁸¹ Voir *supra*, n^{os} 358-425.

²²⁸² Loïc AZOULAI, *op. cit.*, *loc. cit.*

²²⁸³ Anne RIGAUX, *op. cit.*, p. 465.

²²⁸⁴ Pour cette raison, et pour en faciliter la lecture, l'expression « ordre juridique européen en construction » ne sera pas systématiquement employée dans la suite de cette étude. L'emploi de l'expression « ordre juridique européen » ne doit cependant pas faire oublier la progressivité de sa construction.

II. Une relecture pluraliste des rapports entre ordres juridiques au sein de l'Union européenne

447. Plan. – La théorie du pluralisme juridique s'avère constituer un instrument adéquat pour étudier la construction européenne, malgré les prétentions monistes qui s'expriment au sein des différents ordres juridiques concernés. La Cour de justice de l'Union européenne adopte en effet clairement, depuis l'arrêt *Costa*, une lecture moniste de ses rapports avec les ordres juridiques nationaux au travers d'une certaine conception du principe de primauté (A). Comme le relève Denis Alland, « [c]ette primauté si universellement affirmée a pourtant quelque chose de *mystérieux*, qui apparaît dès que l'on se met en quête d'interroger ses fondements et de rendre compte de la façon dont elle opère »²²⁸⁵. Dès lors, une analyse empirique de cette conception du principe tend à remettre en cause la réalité de la lecture moniste des rapports entretenus par l'Union européenne avec les ordres juridiques des États membres en faveur d'une conception pluraliste de ces rapports (B).

A. La revendication du contrôle de la primauté interne du droit de l'Union, traduction d'une lecture moniste

448. Des deux théories classiques relatives aux rapports entre ordres juridiques, la théorie dualiste et la théorie moniste qui ont été élaborées pour décrire et régir les rapports entre ordres juridiques international et interne, seule la dernière a inspiré, plus ou moins directement²²⁸⁶, le

²²⁸⁵ Denis ALLAND, « À la recherche de la primauté du droit communautaire », *Droits*, 2007, pp. 109-126, spéc. p. 112.

²²⁸⁶ Voir, considérant que « [c]ette primauté ne résulte pas d'une adhésion aux approches monistes ou dualistes des relations entre droit international et droit interne, mais de la logique propre des traités communautaires : l'uniformité d'application du droit communautaire est une condition nécessaire de l'efficacité du processus d'intégration économique prévu par les traités », Denys SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, op. cit., p. 559. Il nous semble cependant que cette analyse, contestable en ce qu'elle tient pour indéniables la pertinence des fondements avancés de la primauté (*contra*, Bruno DE WITTE, « Retour à "Costa". La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », op. cit., pp. 436-442), n'empêche pas, en tout état de cause, de questionner l'effectivité des solutions qui sont tirées du principe de primauté et qui tendent à instaurer un rapport moniste aux ordres juridiques des États membres.

discours doctrinal et institutionnel sur l'Union européenne²²⁸⁷, et en particulier celui de la Cour de justice²²⁸⁸.

449. Présentation de la théorie moniste. – La théorie moniste²²⁸⁹, qui se réclame du positivisme juridique²²⁹⁰, repose sur l'idée d'une « unité nécessaire du système des normes obligatoires »²²⁹¹. Cette unité est conçue de manière absolue et universelle : toutes les normes juridiques se rapportant à une seule et même norme fondamentale, il n'existe qu'un seul ordre juridique²²⁹². Dès lors, par hypothèse, l'étude de *rappports* entre ordres juridiques dont la diversité est niée est inexorablement vaine, « [l]e monisme juridique abouti[ssan]t ainsi à supprimer toute opposition de nature entre le traditionnel droit interne et le traditionnel droit

²²⁸⁷ Sur le rejet par l'Union européenne de la vision dualiste de ses rapports avec les ordres juridiques des États membres au travers de la consécration du principe d'applicabilité immédiate du droit de l'Union, voir Adeline JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne. Essai de systématisation*, LGDJ, Lextenso éditions, 2018, 424 p., spéc. n° 33, pp. 29-30 (c'est nous qui soulignons) : « le principe d'"applicabilité immédiate" résout une question de rapports de systèmes. Il signifie que le droit de l'Union s'intègre dans l'ordre juridique national sans mesures de réception. Autrement dit, par le principe d'applicabilité immédiate, le droit de l'Union interdit aux États membres d'être dualistes à son égard ». Ceci justifie de ne consacrer aucun développement spécifique à la théorie dualiste, au sujet de laquelle on se contentera de renvoyer à la littérature juridique abondante qui y a été consacrée parmi laquelle : Dionisio ANZILOTTI, *Cours de droit international*, vol. 1, traduction française d'après la troisième édition italienne, Gilbert Gidel, Sirey, 1929, 556 p. ; Heinrich TRIEPEL, *Droit international et droit interne*, Éditions Panthéon-Assas, réed. 1998, iv-226 p. Pour une analyse critique des thèses dualistes, voir notamment Olivier DE FROUVILLE, « Anzilotti d'hier et d'aujourd'hui », *Droits*, 2012, n° 56, pp. 239-254.

²²⁸⁸ Voir en ce sens, à propos de l'arrêt *Costa*, Vlad CONSTANTINESCO, « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ? », *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Cologne, Berlin, Carl Heymans Verlag, 1983, pp. 109-123, spéc. p. 114 : « ce raisonnement apparaît davantage comme l'opinion de la Cour sur la question des rapports entre ordres juridiques communautaire et national que comme l'expression d'une règle de conflit, même implicite, que contiendraient les traités ».

²²⁸⁹ Voir notamment, pour une description détaillée de cette doctrine, Ronny ABRAHAM, « L'articulation du droit interne et du droit international », in *La France et le droit international*, Gérard Cahin, Florence Poirat, Sandra Szurek (dir.), vol. I, « Ouverture », Pedone, 2007, pp. 257-278 ; Didier BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Le pluralisme. Arch. phil. droit*, t. 49, 2005, pp. 275-316 ; Pierre-Marie DUPUY, Yann KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 14^{ème} éd., 2018, 956 p., spéc. n°s 419-426, pp. 459-463 ; Hans KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, vol. 14, 1926, pp. 227-332, spéc. n°s 34-51, pp. 289-320 ; Alain PELLET, « Vous avez dit "monisme" ? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, pp. 827-857 ; Michel VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, Pedone, 1964, pp. 488-505.

²²⁹⁰ Sur ce point, voir Hans KELSEN, *op. cit.*, n° 34, p. 289.

²²⁹¹ *Ibid.*

²²⁹² Cela n'empêche pas pour autant les représentants de la doctrine moniste d'envisager l'existence d'une multitude de « systèmes » ou de « groupes » au sein de cet ordre juridique unique. Voir à cet égard Georges SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Dalloz, réed., 2008, xv-342 p., spéc. pp. 32-33 : « De nouveaux rapports s'établiront non plus seulement entre groupes étatiques, mais entre groupements intersociaux eux-mêmes. À chacune de ces étapes, on verra se reproduire le même phénomène de hiérarchie juridique, le même conditionnement automatique des systèmes juridiques coordonnés par le système juridique coordonnateur, et ainsi de suite jusqu'à la dernière limite possible de la coordination, jusqu'à ce que le système normatif de la société humaine, ou Droit des gens, ait encadré et conditionné tous les autres systèmes normatifs de toutes les autres sociétés politiques nationales ou internationales. C'est ainsi qu'on explique qu'il puisse parfaitement y avoir des systèmes juridiques internationaux régionaux, continentaux, spéciaux, sans que pourtant l'unité fondamentale du Droit des gens se trouve mise en péril. C'est sur cette constatation de fait que se fonde la doctrine juridique du monisme ou de l'unité du droit intersocial et du Droit en général. Elle seule correspond à la réalité des faits en même temps qu'aux nécessités logiques ». C'est l'auteur qui souligne.

international, pour les fondre tous deux en un Droit intersocial unifié »²²⁹³. Tout l'enjeu est ici d'ordonner *au sein d'un même ordre* les normes internes et les normes internationales selon un rapport hiérarchique ou de subordination²²⁹⁴. Mais comme l'a souligné Michel Virally, « [s]ur le plan de la logique où il s'est placé, le monisme ne trouve pas d'arguments décisifs en faveur de l'un des deux systèmes possibles : supériorité du droit international ou supériorité du droit interne »²²⁹⁵. Si en doctrine la supériorité du droit international l'emporte généralement²²⁹⁶, c'est qu'elle « s'impose pour des raisons pratiques et morales à la fois. Elle est la seule qui permette au droit international de se développer de façon indépendante »²²⁹⁷.

450. Adoption d'une conception moniste avec primauté *interne* du droit européen. – Ce sont vraisemblablement des considérations similaires qui peuvent instruire sur la position institutionnelle de l'Union à ce propos. L'Union européenne est un ordre juridique en construction. Ses besoins d'autonomisation vis-à-vis de l'ordre juridique international aussi bien que des ordres juridiques étatiques²²⁹⁸ dictent à ses acteurs leur discours sur ses rapports à ces ordres juridiques, en particulier aux ordres juridiques nationaux²²⁹⁹. Dès lors, malgré les résistances nationales mais sans incohérence par rapport à la conception normativiste de l'ordre juridique adoptée et dont elle découle, c'est d'une vision moniste des rapports avec les ordres juridiques des États membres que procède le discours institutionnel de l'Union européenne, notamment celui de la Cour de justice. Cette lecture transparaît de la construction par la Cour de justice du principe de primauté et singulièrement de l'arrêt *Simmenthal*²³⁰⁰, dont il convient de rappeler les termes :

« en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, les dispositions du traité et les actes des institutions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des États membres, non seulement de *rendre inapplicable* de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la

²²⁹³ Georges SCELLE, *op. cit.*, p. 33.

²²⁹⁴ En ce sens, voir Carlo SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Pedone, 2001, 540 p., spéc. p. 18 ; Georges SCELLE, *op. cit.*, p. 32 ; Michel VIRALLY, *op. cit.*, p. 490.

²²⁹⁵ Michel VIRALLY, *op. cit.*, *loc. cit.*

²²⁹⁶ Voir, considérant à l'issue d'un développement sur la « prévalence » du droit international qu'« il n'existe aucune primauté "universelle" dont les effets s'étendraient dans tous les ordres juridiques associés », Anne PETERS, « Par-delà la hiérarchie des ordres juridiques. Le pluralisme ordonné vu d'Allemagne », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Baptiste Bonnet (dir.), LGDJ, Lextenso éditions, 2016, pp. 1631-1651, spéc. pp. 1632-1633.

²²⁹⁷ Michel VIRALLY, *op. cit.*, *loc. cit.*

²²⁹⁸ Voir *supra*, n° 435.

²²⁹⁹ Voir en particulier, remarquant que les arguments mis en œuvre pour affirmer la primauté du droit de l'Union sont choisis moins au regard de leur pertinence à cet égard que dans un « souci de prouver la nature propre de l'ordre communautaire et de couper les ponts avec le droit international », Bruno DE WITTE, *op. cit.*, p. 436.

²³⁰⁰ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, 1978, p. 629 ; *AJDA*, 1978, p. 324, note J. BOULOUIS ; *CDE*, 1978, p. 265, obs. A. BARAV.

législation nationale existante, mais encore — en tant que ces actes font partie, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres — *d'empêcher la formation valable* de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient *incompatibles* avec des normes communautaires »²³⁰¹.

La conception moniste d'un ordre juridique unique au sein duquel s'entremêleraient les normes internes et les normes internationales est ici saillante. Elle résulte d'une construction jurisprudentielle dans le cadre de laquelle la Cour de justice ne se contente pas d'adopter une position moniste classique dont elle déduit un principe de primauté du droit communautaire puis européen²³⁰². Comme l'a très justement relevé Bruno de Witte²³⁰³, il ne faudrait pas, en effet, que l'observateur de la construction européenne manque le réel apport de l'arrêt *Costa* en lui imputant et en expliquant sa renommée par la consécration, somme toute banale²³⁰⁴, du principe de primauté. Une telle consécration est en réalité le fait de l'arrêt *Humblet*, rendu quelques années auparavant²³⁰⁵. Le manque de rutilance de cet arrêt s'explique aisément : « [p]uisque "la primauté est le fait de tout traité", la Cour n'avait aucune raison de mettre en relief cette évidence, même si les traités communautaires ne la proclament pas »²³⁰⁶. Mais, s'il n'est plus fait référence à cet arrêt à titre principal lorsque le principe de primauté est invoqué aujourd'hui, c'est que la définition de la primauté du droit de l'Union qu'il adopte ne correspond plus à celle qui est actuellement retenue et a donné un tout autre tour à la construction européenne. L'auteur l'explique de manière très claire :

« [s]i l'arrêt *Costa c. ENEL* est entré dans l'histoire de l'intégration européenne, c'est que, contrairement à *Humblet*, il a apporté une innovation par rapport aux canons classiques du droit international public. Dans cet arrêt, la Cour ne se borne pas à proclamer la primauté du droit communautaire, qui est chose admise, elle ajoute que ce droit, au plan national, "ne pourrait (...) se voir opposer un texte interne quel qu'il

²³⁰¹ *Ibid.*, point 17, p. 643. C'est nous qui soulignons.

²³⁰² Voir en ce sens Charles LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 39 : « Si on adopte le point de vue de la CJCE, les rapports entre ordre juridique communautaire et ordres des États membres de la Communauté est un exemple, de monisme avec primauté de l'ordre juridique supérieur, ici le système communautaire ».

²³⁰³ Bruno DE WITTE, *op. cit.*, pp. 425-427.

²³⁰⁴ *Op. cit.*, p. 426.

²³⁰⁵ CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet*, aff. 6/60, *Rec.*, 1960, p. 1131, spéc. p. 1146 : « si la Cour constate dans un arrêt qu'un acte législatif ou administratif émanant des autorités d'un État membre est contraire au droit communautaire, cet État est obligé, en vertu de l'article 86 du traité CECA, aussi bien de rapporter l'acte dont il s'agit que de réparer les effets illicites qu'il a pu produire ».

²³⁰⁶ Bruno DE WITTE, *op. cit.*, pp. 426-427, citant Maurice Lagrange, « La primauté du droit communautaire sur le droit national », in *Droit communautaire et droit national*, Actes du colloque juridique du Collège d'Europe (Bruges, 8-10 avril 1965), Bruges, de Tempel, 1965, pp. 21-42, spéc. p. 23.

soit". La Cour ne se prononce pas sur son *propre choix* entre deux normes (internationale et interne) dans un cas qui lui serait soumis ; pour la première fois, elle se réfère au choix que doit faire le *juge national* dans une telle situation. La Cour impose à ce juge national l'obligation d'adopter la même position que lui, c'est-à-dire de reconnaître la primauté du droit communautaire. Ainsi se trouve élargie la *portée* du principe de primauté : à la simple *primauté internationale*, l'arrêt *Costa* ajoute ce que l'on pourrait appeler la primauté dans l'application interne ou *primauté interne* »²³⁰⁷.

451. La Cour de justice n'a donc pas suivi la solution, classique en droit international, en vertu de laquelle les États auraient pu librement déterminer, au sein de leur ordre juridique, la place accordée au droit de l'Union européenne²³⁰⁸. Par la conception de la primauté qu'elle développe dans l'arrêt *Costa* et qu'elle ne démentira pas par la suite, la Cour de justice entend ainsi imposer au juge national, de manière impérative et sur le seul fondement du droit communautaire puis de l'Union européenne, la primauté du droit de l'Union.

B. L'adéquation d'une analyse des rapports entre ordres juridiques nationaux et de l'Union en termes pluralistes : la mesure de la relevance des ordres juridiques

452. Analyse critique de la conception moniste de la Cour de justice. – La conception moniste avec primauté du droit européen paraît cependant à la fois peu en prise avec la réalité pratique²³⁰⁹ et contraire à certains présupposés sur lesquels repose la construction européenne. Cela apparaît notamment dans un discours institutionnel dont il nous appartient de démêler certaines contradictions.

Au-delà de la critique qui peut être formulée relativement aux éléments qui permettent à la Cour d'affirmer la nature propre de l'ordre juridique de l'Union²³¹⁰ dont elle déduit le principe de primauté interne, c'est l'*effectivité* de cette assertion, et en définitive celle de la lecture moniste adoptée, qui nous paraît plus fondamentalement pouvoir être discutée. En effet, une telle affirmation de la part de la Cour de justice doit être comprise au regard de la difficulté que pose, du point de vue de l'uniformité du droit européen qu'elle cherche à atteindre par ce

²³⁰⁷ Bruno DE WITTE, *op. cit.*, p. 427, citant l'arrêt CJCE, 15 juillet 1964, *Costa*, précité, spéc. p. 1160. C'est l'auteur qui souligne. Voir également sur ce point Estelle BROSSET, « Le discours juridictionnel et les rapports entre ordres juridiques », in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Valérie Michel (dir.), Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, pp. 243-270, spéc. pp. 249-251 ; Denys SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *op. cit.*, p. 240.

²³⁰⁸ Anne PETERS, *op. cit.*, p. 1633.

²³⁰⁹ Voir notamment en ce sens François-Xavier MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op. cit.*, pp. 317-318.

²³¹⁰ Voir *supra*, n^{os} 437-445, et Bruno DE WITTE, *op. cit.*, pp. 436-442.

biais, « l'autonomie institutionnelle »²³¹¹ des États membres. L'Union étant largement dépendante des États membres pour la mise en œuvre de son droit, l'affirmation des principes et des règles du droit de l'Union ne saurait trouver aucune effectivité si ce n'est par le concours volontaire des organes des États membres²³¹². C'est cette organisation institutionnelle, qui soumet le droit de l'Union européenne au risque de la variation, qu'elle prétend dépasser en adoptant une conception du principe de primauté qui inclut sa dimension interne, paraissant se distinguer ainsi du droit international.

Cependant, il nous faut constater ici, avec Carlo Santulli²³¹³, qu'au-delà de l'affirmation de principe, la Cour de justice ne dispose pas de prérogatives supplémentaires par rapport à quelque juridiction internationale, afin d'assurer l'effectivité de la primauté interne du droit de l'Union. Pas plus qu'une juridiction internationale ne peut-elle se prononcer sur la validité d'une norme interne contraire à une norme du droit de l'Union européenne, ni *a fortiori* l'annuler. La Cour ne peut jamais considérer une telle contrariété que comme un fait illicite au regard du droit communautaire qui ne peut être sanctionné que dans le cadre d'un recours en manquement²³¹⁴. Ainsi, si elle les rend équivoque, la démarche finaliste adoptée par la Cour ne dispose pas des *moyens techniques* de faire disparaître pour autant les discours²³¹⁵ et manifestations sans ambages émanant des institutions européennes de la coexistence d'ordres juridiques distincts. Les arrêts précités eux-mêmes impliquent nécessairement que la construction européenne prend appui et intègre en tant que présupposé de ses solutions la distinction des ordres juridiques européen et nationaux. L'arrêt *Simmenthal* traduit formidablement cet horizon, pour l'heure indépassable, lorsque, en parallèle de la déclaration emphatique du contrôle par la Cour des conséquences de la primauté du droit communautaire dans l'ordre interne et des conditions de validité des normes internes, il affirme, d'une part, que « tout juge [...] a, en tant qu'organe d'un État membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire »²³¹⁶, et invite, d'autre part, à « *laiss[er] inappliquée* toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit

²³¹¹ *Op. cit.*, p. 442.

²³¹² *Ibid.* Sur ce point, voir également Jean-Victor LOUIS, Thierry RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 153, p. 252 ; et, considérant que « [l]a problématique de l'articulation des ordres juridiques communautaires et nationaux est en effet "travaillée" par une contradiction fondamentale » entre l'exigence de primauté et l'autonomie institutionnelle sur laquelle repose le droit de l'Union et qui contrecarre la réalisation effective d'une hiérarchie normative aussi bien que juridictionnelle, voir Denys SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, pp. 481-493, spéc. p. 484.

²³¹³ Carlo SANTULLI, *op. cit.*, pp. 428-441.

²³¹⁴ La procédure est prévue par les articles 258 à 260 TFUE.

²³¹⁵ Voir notamment Walter HALLSTEIN, « Intervention dans le débat juridique sur le rapport Dehousse (Primauté du droit communautaire sur le droit des États membres). Session de juin 1965 du Parlement européen », *RTD eur.*, 1965, pp. 247-254, spéc. n° 1, p. 248 : « Le droit communautaire et les droits nationaux des États membres constituent des ordres juridiques différents ».

²³¹⁶ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, précité, point 16, p. 643. C'est nous qui soulignons.

antérieure ou postérieure à la règle communautaire »²³¹⁷. Le constat par la Cour de justice de la distinction des ordres juridiques européen et national invite à appréhender le principe de primauté comme une « norme d'habilitation [...] fournissant simplement des *justifications* aux autorités ayant pour fonction d'appliquer les obligations tirées de l'engagement de l'État qu'elles représentent »²³¹⁸.

Par ailleurs, comme le souligne l'auteur, l'obligation de réparer née des arrêts *Francovich*²³¹⁹ et *Brasserie du Pêcheur et Factortame III*²³²⁰ ne peut se comprendre que comme « l'admission [...] du défaut de "primauté *stricto sensu*" du droit communautaire. Le droit étatique contraire au droit communautaire n'est plus nul ou annulable comme le voulait l'arrêt *Simmenthal*. Le juge communautaire constate qu'il est valable en droit étatique, et est contraint de revenir à la solution du droit international général qui veut que le droit étatique internationalement illicite soit valable en droit interne mais que l'État doive en répondre en droit international, quel que soit l'organe interne qui l'a adopté, même le législateur »²³²¹. Les effets de cette obligation ont par ailleurs été précisés ultérieurement par la Cour de justice s'agissant de la violation du droit communautaire par une juridiction nationale statuant en dernier ressort ; dans un tel cas, la Cour a affirmé sans ambiguïté que le caractère obligatoire de la réparation qui découle de la responsabilité de l'État n'emporte pas révision de la décision qui a causé le dommage²³²².

453. La démarche de la Cour, lorsqu'elle proclame l'existence d'un ordre juridique européen et la primauté interne du droit européen, revêt dès lors un caractère évocatoire plutôt que positif²³²³, dont le succès a très tôt été considéré comme une nécessité existentielle, la Communauté puis l'Union étant « uniquement tributaire du droit pour remplir ses

²³¹⁷ *Ibid.*, point 21, p. 644. C'est nous qui soulignons.

²³¹⁸ Loïc AZOULAI, « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *op. cit.*, p. 867. C'est nous qui soulignons. Voir, plaçant la question de la primauté du droit communautaire dans le cadre du pouvoir plus général d'habilitation du juge à dire le droit, Walter HALLSTEIN, *op. cit.*, n° 5, pp. 249-250.

²³¹⁹ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, 1991, p. I-5403, *RFDA*, 1992, p. 1, note L. DUBOIS ; *AJDA*, 1992, p. 143, note P. LE MIRE ; *RTD eur.*, 1992, p. 27, note F. SCHOCKWEILER ; *JDI*, 1992, p. 426, note V. CONSTANTINESCO ; *JCP G*, 1992, II, 21783, note A. BARAV ; *Dr. adm.*, 1991, n° 537 ; *Ibid.*, 1992, doct., p. 1, note J.-B. AUBY ; *Europe*, 1991, p. 1, chron. D. SIMON ; *LPA*, n° 93, 4 août 1993, p. 32, note T. LARZUL ; *RJDA*, 1991, p. 831, note C. KESSEDJIAN ; *RMUE*, 1991, p. 4, note A. MATTERA ; *Ibid.*, 1992, p. 187, note A. CARNELUTTI.

²³²⁰ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame III*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Rec.*, 1996, p. I-1029, *RFDA*, 1996, p. 583, note L. DUBOIS ; *AJDA*, 1996, p. 489, note D. SIMON ; *Europe*, 1996, p. 1, chron. A. RIGAUX.

²³²¹ Carlo SANTULLI, *op. cit.*, p. 441.

²³²² CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.*, 2003, p. I-10239, spéc. point 39 ; *AJDA*, 2003, p. 2146, chron. J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT ; *RTD eur.*, 2004, p. 283, obs. A.-S. BOTELLA ; *Europe*, 2003, p. 1, chron. D. SIMON.

²³²³ En ce sens, voir Estelle BROSSET, *op. cit.*, p. 253 ; Denys SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *op. cit.*, p. 218.

fonctions »²³²⁴. Pour assurer l'uniformité du droit de l'Union, elle s'emploie à doter ses arrêts d'une *persuasive authority* ; autrement dit, pour assurer l'uniformité du droit de l'Union européenne, elle « devra se soucier, non seulement de "dire le droit", mais aussi de la réception que ses arrêts auront au niveau national ; elle devra, pour compenser la faiblesse de ses moyens de contrainte, développer une véritable "politique judiciaire" en direction des États membres. Puisqu'elle ne peut *forcer* les autorités nationales d'accepter son interprétation, pourtant authentique, du traité, elle devra essayer de les *persuader* »²³²⁵, de susciter une adhésion de leur part à sa vision de la construction européenne²³²⁶. Par conséquent, la primauté telle que façonnée sur le plateau du Kirchberg revêt la dimension intimement politique d'un « instrument par lequel la Cour de justice cherche à faire advenir une nouvelle réalité sociopolitique. Réalité à construire qui n'existe que pour autant qu'on lui fasse crédit »²³²⁷. Or, pour justifiés qu'ils soient dans le cadre de la construction de l'ordre juridique de l'Union, ces arguments sont de peu de poids face à la source nationale du titre à agir des juridictions internes²³²⁸.

454. Rejet de la primauté absolue du droit de l'Union par les juridictions nationales. –

La lecture moniste des rapports entre Union européenne et États membres est rejetée par les juridictions nationales qui n'admettent pas de primauté absolue du droit de l'Union sur le droit interne, en particulier sur certaines dispositions constitutionnelles, et fondent majoritairement la primauté du droit de l'Union sur leur constitution²³²⁹. Certaines d'entre elles ont par ailleurs explicitement contesté l'approche hiérarchique adoptée par la Cour de justice ; ainsi en est-il des juridictions constitutionnelles espagnole et allemande²³³⁰. Mais les échanges jurisprudentiels entre les cours constitutionnelles nationales et la Cour de Luxembourg n'ont pas seulement conduit à remettre en cause une lecture strictement moniste avec primauté du droit européen. La jurisprudence relative aux droits fondamentaux et à l'identité constitutionnelle des États membres a mis en évidence à la fois une lutte de pouvoir visant à déterminer l'autorité qui dispose du dernier mot, et, du fait des influences et adaptations

²³²⁴ Walter HALLSTEIN, *op. cit.*, n° 1, pp. 250-251 : « la Communauté n'est pas seulement une création du droit ; il n'y a guère d'autre détenteur de la puissance publique qui soit comme elle uniquement tributaire du droit pour remplir ses fonctions. La Communauté n'a pas d'infrastructure administrative, pas de pouvoir de coercition, pas d'armée et pas de police. Son unique instrument, sa seule arme, c'est le droit qu'elle fixe. Il est clair que sa mission serait au plus haut point menacée et en définitive mise en échec, si cet unique moyen de mettre en œuvre les objectifs communautaires perdait son caractère obligatoire et uniforme dans tous les États membres ».

²³²⁵ Bruno DE WITTE, *op. cit.*, pp. 442-443. C'est l'auteur qui souligne.

²³²⁶ Voir également en ce sens Loïc AZOULAI, Édouard DUBOUT, « Repenser la primauté. L'intégration européenne et la montée de la question identitaire », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, *op. cit.*, pp. 567-583, spéc. p. 571 : « En somme la notion de "primauté" ne demande pas seulement aux organes nationaux d'exécuter les ordres prescrits par les normes européennes ; elle leur suggère avant tout d'entrer dans un ordre, d'adhérer à une réalité socio-économique transformée ».

²³²⁷ *Op. cit.*, pp. 570-571.

²³²⁸ En ce sens, *op. cit.*, p. 576.

²³²⁹ Voir *supra*, n° 411-424. En déduisant le caractère inopérant de l'approche hiérarchique, voir Baptiste BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso éditions, 2013, 208 p., spéc. p. 62.

²³³⁰ Voir sur ces juridictions Anne PETERS, *op. cit.*, pp. 1633-1634.

mutuelles de jurisprudence issues de ces échanges²³³¹, une réception des points de vue des autres cours composant l'espace juridictionnel européen *lato sensu*.

455. Paradigme pluraliste et relevance juridique. – Ainsi, compte tenu de ces éléments, le pluralisme juridique peut se réclamer du « principe de réalité »²³³² extrait du vocabulaire freudien par François Rigaux, non seulement en tant que principe descriptif des relations entretenues par les ordres juridiques de l'Union européenne et nationaux, mais aussi en tant que principe de solution des difficultés qui subsistent et qui se manifestent actuellement s'agissant des droits fondamentaux protégés et du contenu de l'identité constitutionnelle des États membres. À cet égard, le pluralisme juridique est moins à même d'éviter ou de résoudre absolument les conflits, que de les dédramatiser en affirmant la banalité de la coexistence des points de vue²³³³. En effet, le pluralisme juridique, au sens de la théorie générale du droit²³³⁴, se fonde sur deux idées majeures qui correspondent aux observations effectuées dans le domaine de l'expérience. Il « constate »²³³⁵ d'une part une *coexistence* d'ordres juridiques multiples — coexistence qui le conduit, en tant qu'il est « un produit du principe de réalité appliqué au droit, [... à tenter d']enferme[r] en des limites objectives et rationnelles la volonté de puissance des divers ordres juridiques »²³³⁶ —, distincts les uns des autres en ce qu'ils sont, d'autre part, *autonomes*. Si ces divers ordres juridiques n'entretiennent pas nécessairement de relations²³³⁷, ces deux éléments, absents des théories moniste et dualiste, sont les conditions *sine qua non* de leur possibilité d'en nouer. Ils en indiquent par ailleurs la nature — strictement volontaire, ce qui en exclut toute intrusion d'un ordre juridique dans le fonctionnement d'un

²³³¹ Voir *supra*, n^{os} 397-424.

²³³² François RIGAUX, « Le pluralisme juridique face au principe de réalité », *Homenaje al professor Miaja de la Muela*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 291-301.

²³³³ En ce sens, *op. cit.*, p. 291.

²³³⁴ Sur les divers sens que peut recouvrir l'expression, voir Didier BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *op. cit.*, n^{os} 2-6, pp. 276-278 ; Dominique TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », *Le pluralisme. Arch. phil. droit*, t. 49, 2005, pp. 69-83, spéc. pp. 71-74.

²³³⁵ Voir en ce sens, expliquant au sujet des rapports entre les ordres étatiques et l'ordre international le rejet du monisme qui découle inéluctablement de la définition romaniennne de l'ordre juridique, Pierre MAYER, préface à *L'ordre juridique*, dixième page : « dès lors que l'on intègre l'élément de pouvoir dans la définition de l'ordre juridique, il se constate que le pouvoir des États existe indépendamment de l'ordre international ». C'est l'auteur qui souligne. Voir également François RIGAUX, *op. cit.*, p. 292 : « la théorie du droit offre au principe de réalité plusieurs domaines d'application. Une *observation rudimentaire* de la société mondiale nous fait d'abord constater la coexistence de systèmes juridiques indépendants les uns des autres, et ensuite constater l'hétérogénéité de ces systèmes et leur irréductibilité à un modèle simple. Une troisième mise en œuvre du principe de réalité se place à un niveau supérieur, celui d'un essai de conciliation, sinon de coordination, des systèmes en présence ».

²³³⁶ François RIGAUX, *op. cit.*, p. 291.

²³³⁷ Voir la définition du pluralisme juridique proposée à partir de André-Jacques Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, xxxvii-758 p., spéc. p. 446 (Jean-Guy Belley) et p. 449 (Norbert Rouland), par Joël MORET-BAILLY, « La théorie pluraliste de Romano à l'épreuve des déontologies », *Droits*, n^o 32, 2000, pp. 171-182, spéc. p. 171 : « coexistence d'une pluralité d'ordres, de systèmes juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit, ou encore de sources de droit, dans un espace donné à un moment donné ».

autre — et en dictent les conséquences — parmi lesquelles la détermination exclusive par un ordre juridique de la validité de ses normes.

D'après une telle conception, l'étude des rapports entre ordres juridiques s'effectue, selon un vocable romanien, en termes de « *relevance* que chacun de ces ordres peut présenter pour les autres »²³³⁸. Le maître italien considère que « pour qu'il y ait *relevance* juridique, il faut que l'*existence*, le *contenu* ou l'*efficacité* d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre : cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique qu'à un *titre* défini par ce dernier »²³³⁹. Compte tenu de l'autonomie de ces ordres juridiques multiples, cette opération, consistant, pour un ordre juridique déterminé, à donner effet à la norme d'un autre ordre juridique, respecte pleinement l'intégrité des deux ordres concernés : l'effet donné par un ordre juridique à la norme d'un autre ordre juridique relève entièrement du premier, tandis que la norme à laquelle il est donné effet n'est pas intégrée *en tant que telle* à l'ordre juridique qui lui donne effet et préserve son extériorité par rapport à lui²³⁴⁰. Réciproquement, « [l]e refus d'accueillir une norme externe ne revient pas à la priver de sa juridicité puisqu'elle tenait celle-ci de son ordre juridique d'origine. On peut dire qu'une privation d'effet est une privation de *relevance* mais on ne peut pas dire que c'est une annulation »²³⁴¹. Aucun rapport hiérarchique ne s'instaure par conséquent entre normes issues d'ordres juridiques différents, la non-conformité de l'une à l'autre ne pouvant conduire à l'annulation de la première²³⁴².

456. Application aux relations entre Union européenne et États membres. — Partant, cette théorie décrit, à bien des égards, les relations entretenues par l'ordre juridique européen en construction et les ordres juridiques étatiques²³⁴³. D'un côté, les ordres juridiques nationaux donnent *relevance* à l'ordre juridique de l'Union en en reconnaissant l'existence et en mettant en œuvre les normes qui en sont issues, par la voie de l'adhésion à l'Union²³⁴⁴, et, pour la majeure partie des États membres, par l'insertion dans leurs constitutions de clauses d'intégration nationale²³⁴⁵, dites « clauses Europe ». De ce point de vue, l'identité constitutionnelle conçue par les États membres comme une limite à la primauté du droit de l'Union²³⁴⁶ peut s'analyser comme une condition de la *relevance* de l'ordre juridique européen dans leurs ordres juridiques respectifs, qui, si elle fait défaut, prive la norme européenne de

²³³⁸ Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op. cit.*, § 34, p. 106. C'est nous qui soulignons.

²³³⁹ *Ibid.* C'est l'auteur qui souligne.

²³⁴⁰ Didier BODEN, *op. cit.*, point B. 4., p. 284.

²³⁴¹ *Op. cit.*, point B.5., p. 285. C'est l'auteur qui souligne.

²³⁴² *Op. cit.*, point B.7., p. 285.

²³⁴³ Pour une analyse similaire, voir Adeline JEAUNEAU, *op. cit.*, n° 34, pp. 31-32.

²³⁴⁴ En ce sens, *op. cit.*, n° 34, p. 32.

²³⁴⁵ Sur lesquelles voir José SANCHEZ, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe et les clauses d'intégration nationale », *RFDC*, 2008, n° 2, pp. 351-377.

²³⁴⁶ Voir *supra*, n°s 411-422.

relevance dans l'ordre juridique national en cause²³⁴⁷. D'un autre côté, il est permis de penser, avec Adeline Jeuneau, que le principe d'administration indirecte du droit de l'Union donne relevance aux ordres juridiques nationaux en la conditionnant au respect des principes d'équivalence et d'effectivité. De même, l'hypothèse d'une contravention à ces principes se réalise, dans l'ordre juridique de l'Union, par l'inefficacité de la norme nationale en cause²³⁴⁸. Pareillement, l'introduction en droit de l'Union du principe de respect de l'identité constitutionnelle des États membres, dont la mise en œuvre contentieuse a été encadrée par la Cour par l'écran de l'ordre public²³⁴⁹, peut s'analyser en un moyen de faire produire des effets à certaines normes issues de l'ordre juridique étatique et d'en définir les conditions.

Le pluralisme juridique constitue également un outil descriptif adéquat s'agissant de l'impossibilité pour les institutions européennes d'assurer effectivement la primauté du droit de l'Union au sens où elles l'entendent sur les droits nationaux. L'autonomie des ordres juridiques nationaux prive l'ordre juridique de l'Union de la possibilité de s'immiscer dans leur fonctionnement ; les sanctions que représentent une condamnation en manquement et l'obligation de réparation²³⁵⁰ traduisent le fait que l'acte national, jugement ou loi, qui a contrevenu au principe de primauté tel que conçu dans l'ordre juridique de l'Union est privé d'efficacité dans cet ordre. En aucun cas, cependant, les autorités européennes ne peuvent-elles annuler cet acte.

Au-delà de fournir une analyse pertinente quant à la portée du principe de primauté dans l'ordre juridique de l'Union, l'intermédiation que constitue l'opération à l'issue de laquelle la relevance est accordée ou refusée permet de s'extraire de « [l]'apparente contradiction entre plusieurs conceptions de la primauté »²³⁵¹ — tandis que dans l'ordre juridique européen, elle vise à imposer la supériorité de la norme européenne sur les normes nationales, y compris

²³⁴⁷ Voir notamment Dominique RITLENG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », in *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Jean-Christophe Barbato, Jean-Denis Mouton (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 21-47, spéc. p. 28 : « La revendication d'un respect de l'identité constitutionnelle nationale est donc unanime. Là où celle-ci est en cause, là s'arrête l'autonomie de validité reconnue au droit communautaire et l'abandon du contrôle à la Cour de justice des Communautés européennes ». Voir également, pour une présentation qui, sans se référer à la relevance de l'ordre juridique de l'Union du point de vue de l'ordre juridique étatique, considère que « la reconnaissance de la primauté du droit communautaire ne s'est pas réalisée sans conditions [... ce qui] confère au droit communautaire une autorité en quelque sorte contestée ou négociée », Miguel POIARES MADURO, « La fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel : l'approche du droit communautaire », in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, op. cit., pp. 199-213, spéc. p. 199. C'est nous qui soulignons.

²³⁴⁸ Adeline JEAUNEAU, op. cit., loc. cit.

²³⁴⁹ Voir *supra*, n^{os} 403-410.

²³⁵⁰ Voir *supra*, n^o 452.

²³⁵¹ Édouard DUBOUT, « De la primauté "imposée" à la primauté "consentie" Les incidences de l'inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », *Actes du IV^{ème} Congrès de l'Association française des constitutionnalistes des 9, 10 et 11 juin 2005 organisé à Montpellier*, p. 10 [en ligne], consulté le 3 juin 2019. URL : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes3/DUBOUT.pdf>.

constitutionnelles, elle n'empêcherait pas, dans l'ordre juridique national, la prévalence de certaines normes constitutionnelles. Les conditions qui encadrent la relevance étant en effet soumises au choix libre et exclusif de chaque ordre juridique²³⁵², le principe de primauté peut être interprété différemment d'un ordre juridique à l'autre²³⁵³. En tant que règle régissant les rapports entre ordres juridiques, il constitue, pour chacun d'entre eux, une « pure modalité de son fonctionnement »²³⁵⁴. La défense de l'intégrité de chaque ordre juridique par l'autorité qui en est issue n'est plus perçue, dès lors, comme dans la théorie moniste, négativement, comme l'expression d'une résistance, mais comme un présupposé fondamental de la relation entre ordres juridiques, l'exercice d'une « capacité d'auto-connaissance propre »²³⁵⁵ à chaque ordre. Ainsi, ce qui est combattu dans une logique moniste comme une atteinte à l'ordre juridique de l'Union se conçoit, dans cette perspective, comme « le reflet de l'essence même du système d'intégration »²³⁵⁶. Ce constat nous porte donc à conclure, avec Loïc Azoulai, que « [d]e même qu'il n'y a pas de réponse univoque à la question de savoir quelle est la norme suprême dans l'espace juridique européen, ainsi on ne saurait désigner une seule autorité capable d'imposer les exigences dont elle s'estime garante. Il n'y a pas de *primus inter pares*. Il faut se contenter d'un espace de collaboration entre des parties extérieures les unes aux autres (*partes extra partes*). Sans doute, au sein de cet espace polymorphe, les autorités communautaires tendent-elles à occuper un rôle de *leader* et de coordinateurs. Il n'en reste pas moins que le cadre de référence est celui de la coopération »²³⁵⁷.

457. Dimension foncièrement coopérative de la construction européenne. – Cette dimension coopérative est fondamentale dans le cadre de la construction européenne. Elle permet de dépasser la pluralité juxtaposée de points de vue résultant de chaque ordre juridique afin de l'inclure dans une globalité²³⁵⁸, et ainsi d'éviter que le pluralisme juridique ne réalise les risques qu'il porte de rupture de l'unité de l'Union européenne et de l'impérativité des

²³⁵² Voir en ce sens Didier BODEN, *op. cit.*, point B.8., p. 285.

²³⁵³ C'est ce qui a pu faire écrire à Hélène Gaudin que « [l]a primauté est absolue en son affirmation et son principe, mais, s'adressant au niveau national pour sa mise en œuvre, elle se relativise » : Hélène GAUDIN, « Primauté absolue, primauté relative », in *Droit communautaire, droit constitutionnel. Vers un respect réciproque*, Actes du colloque de La Rochelle des 6 et 7 mai 1999, Hélène Gaudin (dir.), Aix-en-Provence, Paris, PUAM, Economica, 2001, pp. 97-120, spéc. p. 100. Nous n'adoptons cependant pas cette terminologie, étant donné qu'elle suppose selon nous, d'une part, d'adopter un strict point de vue moniste en prenant pour seule référence l'ordre juridique de l'Union européenne, et, d'autre part, de faire abstraction de l'esprit foncièrement coopératif qui anime la construction européenne et qui se matérialise notamment dans le défaut de pouvoir de l'Union pour annuler un acte interne. Pour une analyse en ce sens, voir Olivier DORD, « Intervention. Ni absolue, ni relative, la primauté du droit communautaire procède de la Constitution », in *Droit communautaire, droit constitutionnel. Vers un respect réciproque*, *op. cit.*, pp. 121-140, spéc. pp. 123-124.

²³⁵⁴ François RIGAUX, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 19, p. 13.

²³⁵⁵ Loïc AZOULAI, *op. cit.*, p. 866.

²³⁵⁶ Édouard DUBOUT, *op. cit.*, *loc. cit.*

²³⁵⁷ Loïc AZOULAI, *op. cit.*, p. 868.

²³⁵⁸ Karine CAUNES, « La nature du système juridique européen : retour sur le principe de primauté », *op. cit.*, p. 294.

normes européennes²³⁵⁹, sans pour autant exposer les ordres juridiques concernés à la domination du plus fort d'entre eux. Ainsi, il s'agit pour l'Union de sortir du « mythe tragique [qui] oppose la logique unificatrice de l'ordre juridique communautaire à celle identitaire de l'ordre juridique de chacun des États souverains »²³⁶⁰. La « pluralité constitutive de l'Union européenne »²³⁶¹, en effet, ne s'entend pas seulement d'un constat extérieur à l'ordre juridique de l'Union en construction, mais également d'une donnée intégrée à sa dynamique. En tant que structure d'intégration et de coopération en vue d'atteindre des objectifs communs aux États membres, l'Union européenne ne peut se contenter d'un « pluralisme de séparation »²³⁶² qui se borne à constater la pluralité des ordres juridiques et leur clôture. L'interdépendance entre ces ordres en constitue une donnée fondamentale, de même que l'*organisation* de leur mise en relation²³⁶³. Or, compte tenu de l'irréductibilité de tout ordre juridique à un autre et du présupposé du maintien de la diversité des ordres juridiques au sein de l'Union, est inexorablement exclue « l'utopie de l'unité juridique du monde au nom d'une sorte de pluralisme de fusion »²³⁶⁴. Leurs diverses interactions peuvent donc *tout au plus* faire l'objet d'un processus de mise en ordre graduelle qui tend à faire advenir ce que certains auteurs ont pu désigner comme un « pluralisme ordonné »²³⁶⁵ ou un « droit contrapuntique »²³⁶⁶ visant à éviter que ne surviennent des conflits insolubles dès lors qu'est admise la logique hétérarchique du pluralisme juridique.

²³⁵⁹ Sur ces risques, voir Anne PETERS, *op. cit.*, pp. 1643-1644.

²³⁶⁰ Guy CANIVET, « Constitutions nationales et ordre juridique communautaire. Contre-Éloge de la tragédie », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, *op. cit.*, pp. 611-624, spéc. p. 612.

²³⁶¹ Miguel POIARES MADURO, conclusions présentées le 16 décembre 2004 dans l'affaire *Royaume d'Espagne c. Eurojust* (CJCE, Gr. ch., 15 mars 2005, aff. C-160/03), *Rec.*, 2005, p. I-2077, spéc. point 35, p. I-2090.

²³⁶² Mireille DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ordres juridiques », *D.*, 2006, pp. 951-957, spéc. p. 951.

²³⁶³ Voir en ce sens Miguel POIARES MADURO, « La fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel : l'approche du droit communautaire », *op. cit.*, p. 209 : « La Cour de justice est seulement l'un des acteurs juridiques qui participent à la construction de l'ordre juridique communautaire. Un tel pluralisme constitutionnel signifie que le développement du droit communautaire dépend du processus discursif qui s'établit avec les autres acteurs. Mais quelles sont les conséquences qui doivent être tirées d'un tel pluralisme constitutionnel en termes institutionnels ? »

²³⁶⁴ Mireille DELMAS-MARTY, *op. cit.*, *loc. cit.*

²³⁶⁵ Sur cette notion, voir Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, 304 p. ; Anne PETERS, *op. cit.*, pp. 1645-1651. Voir également Miguel POIARES MADURO, *op. cit.*, p. 211 : « afin de tirer pleinement avantage de cette idée de pluralisme constitutionnel et juridique, nous avons besoin de concevoir des mécanismes particuliers propres à limiter ou à gérer les éventuels conflits entre les ordres juridiques et de promouvoir la communication entre eux ».

²³⁶⁶ Sur cette notion qui emprunte la figure musicale du contrepoint qui permet de réaliser l'harmonie de mélodies différentes jouées simultanément, voir Miguel POIARES MADURO, « Contrapunctal law : European pluralism in action », in *Sovereignty in Transition*, Neil Walker (dir.), Portland, Hart Publishing, 2003, pp. 501-537 ; du même auteur, « Europe and the constitution : what if this is as good as it gets ? », in *European Constitutionalism Beyond the State*, Joseph H. H. Weiler, Marlene Wind (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 74-102, spéc. p. 98.

Présentement, ce processus repose principalement entre les mains des juges et se concentre sur la balance entre réception de l'identité constitutionnelle des États membres dans le contentieux de l'Union, d'une part, et perception du principe de primauté et de l'uniformité du droit de l'Union à laquelle elle conduit, d'autre part. Deux lectures peuvent en être adoptées, qui ne sont pas exclusives l'une de l'autre mais marquent le mouvement caractéristique d'un pluralisme juridique coopératif ou ordonné. La première épouse le point de vue unilatéral de chaque ordre juridique et voit dans l'identité constitutionnelle une notion qui « assume une "fonction défensive" [... et] traduit le refus des États d'abandonner leur étaticité au profit de l'Union européenne »²³⁶⁷ ; sur le plan juridique, une telle conception s'apprécie comme une revendication d'autonomie de la part des ordres juridiques étatiques. De part et d'autre, l'identité constitutionnelle des États membres est perçue comme une limite, imposée ou subie, à la primauté et à l'uniformité du droit de l'Union, limite qui persiste en cas de conflit même si l'Union européenne est désormais soumise, en vertu des traités, au respect de l'identité constitutionnelle des États membres. La seconde lecture traduit un point de vue global selon lequel les exigences fondamentales de chaque ordre juridique ne sont pas mises en concurrence mais se voient reconnaître une légitimité égale qu'il peut être nécessaire de concilier. Dans cette perspective, les principes qui traduisent la nécessité de préserver la diversité des ordres juridiques étatiques, à l'image du principe de respect de l'identité constitutionnelle des États membres, ne sont pas conçus comme de simples limites aux principes du droit de l'Union, mais comme des principes *inhérents* à l'ordre juridique de l'Union en construction. C'est en ce sens que l'avocat général Miguel Poiares Maduro a très tôt qualifié le respect de l'identité constitutionnelle des États membres de « devoir » originel de l'Union européenne²³⁶⁸. Il convient de prendre toute la mesure de cette interpellation, qui encourage à dépasser le seul dialogue entre les juges qui ne permet pas à lui seul d'ordonner le pluralisme, et à envisager les modalités du respect de la diversité des ordres juridiques au-delà de la seule question de l'identité constitutionnelle des États membres, au travers de la notion de relevance.

458. Conclusion de la Section. – Transition. – S'il nous paraît prématuré de considérer que l'Union européenne constitue d'ores et déjà un ordre juridique, quelle qu'en soit la conception retenue, son processus de construction permet d'analyser ses rapports avec les ordres juridiques nationaux des États membres. À cet égard, en donnant de la construction européenne une vision d'ensemble, la perspective pluraliste permet de faire un pas de côté et de se détacher de

²³⁶⁷ Dominique RITLENG, *op. cit.*, p. 23. Voir également François-Xavier MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op. cit.*, pp. 297-298.

²³⁶⁸ Miguel POIARES MADURO, conclusions présentées le 8 octobre 2008 dans l'affaire *Michaniki AE c. TEVAE* (CJCE, 16 décembre 2008, aff. C-213/07), point 31. Sur ce point, voir *supra*, n° 408.

l'orientation largement uniformisatrice adoptée par les institutions de l'Union pour étudier dans quelle mesure chacun de ces ordres juridiques accorde relevance aux autres. Dès lors, d'une part, la vision hétérarchique des rapports entre l'Union européenne et les États membres autorise à envisager ces derniers comme co-constructeurs de ce droit, non plus seulement au stade de l'élaboration des traités ou, par le biais du Conseil, des actes de droit dérivé, mais également dans le cadre de l'exécution de ces actes. D'autre part, la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, et plus particulièrement celle de l'espace judiciaire européen, peut être repensée à la lumière de ce paradigme. Elle obéit, en effet, actuellement à une logique similaire à celle qui régit le marché intérieur, à ceci près qu'elle est entendue de manière plus absolue dans le cadre du premier espace²³⁶⁹. Pourtant, d'après la lettre des traités, la diversité des ordres juridiques n'y occupe pas une place identique, tant s'en faut. C'est l'intériorisation d'une optique moniste, renforcée par une série d'« excès de vocabulaire »²³⁷⁰, qui a conduit, à certains égards, à une indifférenciation des espaces constitutifs de l'Union européenne. Aussi, envisager l'ordonnancement des rapports entre Union européenne et États membres au travers de la relevance que chacun des ordres juridiques concernés accorde aux autres conduit à une distinction plus nette des modalités d'ordonnancement du pluralisme qui s'expriment dans le cadre du marché intérieur et dans celui de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Autrement dit, cette perspective conduit nécessairement à mieux prendre en compte le pluralisme interne à l'organisation européenne²³⁷¹. Elle permet de s'apercevoir que la diversité des ordres juridiques constitue non seulement un trait saillant mais aussi « *par hypothèse*, un élément *constitutif* de l'[espace de liberté, de sécurité et de justice] »²³⁷², élément dont la prise en compte atteint son point culminant en droit international privé de la famille.

SECTION 2 : RECONNAÎTRE LE RESPECT DE LA DIVERSITÉ DES ORDRES JURIDIQUES EN TANT QUE FONDEMENT SPÉCIFIQUE DE LA COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE FAMILIALE

459. Les fondements sur lesquels reposent respectivement le marché intérieur et l'espace de liberté, de sécurité et de justice dans le traité de Lisbonne peuvent être conçus, à l'aune du

²³⁶⁹ Voir *supra*, n^{os} 309-317.

²³⁷⁰ Henri LABAYLE, « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *CDE*, 2014, n^o 3, pp. 501-534, spéc. p. 501.

²³⁷¹ Sur ce constat, voir Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, « Le défi de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, pp. 581-599.

²³⁷² Henri LABAYLE, « La confiance mutuelle dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », in *Grenzüberschreitendes Recht. Crossing frontiers. Festschrift für Kay Hailbronner*, Heidelberg, Munich, Landsberg, Frechen, Hambourg, C. F. Müller, 2012, pp. 153-168, spéc. p. 160. C'est nous qui soulignons.

pluralisme juridique, comme l'expression des conditions et des limites de la relevance que s'accordent mutuellement les ordres juridiques impliqués — l'ordre juridique de l'Union européenne en construction et les ordres juridiques nationaux des États membres. Les domaines concernés par chacun de ces espaces ne nécessitent pas le même degré d'effort de la part des États membres dans l'aménagement de la structure de leurs ordres juridiques. Ainsi, chacun de ces espaces dispose d'une logique et de mécanismes qui lui sont propres, et qui sont fondamentalement différents les uns des autres.

460. Plan. – Ces singularités ont pourtant semblé effacées, en particulier en droit international privé, du fait de la position centrale occupée dans ces deux espaces par la libre circulation des personnes²³⁷³, à la faveur de l'affirmation solennelle de l'article 3 § 2 TUE selon laquelle « [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* » et qui précède la mention du marché intérieur au paragraphe suivant (I). C'est pourtant négliger une différence essentielle entre ces deux domaines du droit de l'Union qui, s'ils doivent être appréhendés en lien l'un avec l'autre, reposent, du point de vue de la gestion de la diversité des « systèmes et traditions juridiques des États membres »²³⁷⁴, sur des logiques opposées auxquelles il convient de donner pleinement effet. L'appréhension de la construction européenne sous un angle pluraliste permet de restaurer à chaque espace sa logique propre : si la diversité des ordres juridiques est logiquement perçue comme une entrave au sein du marché intérieur, elle constitue un élément intrinsèque à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, dont l'intensité atteint son apogée dans le cadre de la coopération judiciaire civile en matière familiale (II).

I. Les conséquences du caractère central de la libre circulation des personnes sur le respect de la diversité des ordres juridiques

461. Plan. – La constitution du marché commun, devenu marché intérieur, dépend entièrement de la suppression des entraves aux échanges, dont il est rapidement apparu qu'une figure majeure était représentée par la diversité des ordres juridiques, et en particulier des normes, des États membres (A). Cette logique du marché intérieur n'y a cependant pas été cantonnée et s'est amplement diffusée au sein de l'espace de liberté, de sécurité, et de justice. C'est dès lors par le prisme de la libre circulation et de la caractérisation des obstacles y relatifs,

²³⁷³ Sur la justification du recours à l'uniformisation des règles de droit international privé de la famille pour favoriser la libre circulation des personnes, voir *supra*, n^{os} 163-167, 210-230.

²³⁷⁴ Article 67 § 1 TFUE.

que seule l'uniformisation permettrait de surmonter, qu'a été appréhendée la construction de ce dernier espace, le situant dans la continuité de la construction du marché intérieur (B).

A. La diversité des ordres juridiques, entrave dans le cadre du marché intérieur

462. La création d'un marché intérieur sans entraves. – Les libertés de circulation constituent le cœur de la construction européenne et en particulier de celle du marché commun, devenu marché intérieur du fait de l'adoption de l'Acte unique européen²³⁷⁵. Le marché commun avait déjà été conçu comme un espace qui « vise à l'élimination de toutes les entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions *aussi proches que possible* de celles d'un véritable marché intérieur »²³⁷⁶. Approfondissant cette notion pour atteindre un objectif fixé dès l'origine de la construction européenne²³⁷⁷, le marché intérieur, qui « comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée »²³⁷⁸, a traduit cette fusion des marchés nationaux dans le cadre des traités.

La diversité des ordres juridiques, au travers de celle des règles qui régissent ou influent sur le marché, est perçue dans ce cadre, d'un point de vue fonctionnel²³⁷⁹, comme une source d'entraves à la circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux au sein du marché. La Commission européenne estime ainsi, au sujet de la libre circulation des biens, que « [s]i les obstacles physiques [...] entravent les courants d'échange et impliquent des coûts administratifs inacceptables (supportés en dernière analyse par le consommateur), les entraves créées par des règles et normes nationales différentes en matière de produits ont un double effet : non seulement elles entraînent des coûts supplémentaires, mais encore, elles entraînent des distorsions dans les systèmes de production, augmentent les coûts unitaires et les coûts de stockage, découragent la coopération entre les entreprises et empêchent la création d'un marché

²³⁷⁵ Acte unique européen, signé à Luxembourg 17 février et à La Haye le 28 février 1986, JOCE, n° L 169/1, 29 juin 1987.

²³⁷⁶ CJCE, 5 mai 1982, *Schul c. Inspecteur des droits d'importation et des accises de Roosendaal*, aff. 15/81, *Rec.*, 1982, p. 1409, point 32. C'est nous qui soulignons.

²³⁷⁷ Commission des Communautés européennes, L'achèvement du marché intérieur. Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen (Milan, 28-29 juin 1985), 14 juin 1985, COM(85) 310 final, point 4, p. 4 : « Les auteurs du Traité ont, dès l'origine, toujours voulu la création d'un marché intérieur unique libre où les biens, les personnes, les services et les capitaux circuleraient en toute liberté, et dont le bon fonctionnement serait assuré par des garanties contre les distorsions de concurrence, par le rapprochement des législations et, enfin, par l'harmonisation de la fiscalité indirecte ». Voir sur ce point Pierre VAN OMMESELAGHE, Vincent PIESSEVAUX, V° « Marché intérieur », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, décembre 1992, n°s 11-12.

²³⁷⁸ Article 8 A § 2 TCEE résultant de l'Acte unique européen, puis 7 A TUE. Cette formulation a été maintenue par la suite et figure aujourd'hui à l'article 26 § 2 TFUE.

²³⁷⁹ Jean-Sylvestre BERGÉ, Sophie ROBIN-OLIVIER, *Droit européen. Union européenne, Conseil de l'Europe*, PUF, 2^{ème} éd., 2011, xx-540 p., spéc n° 348, pp. 270-271.

commun des produits industriels »²³⁸⁰. Il convient donc de supprimer ces obstacles²³⁸¹. C'est pour y parvenir que les institutions européennes ont dans un premier temps engagé un travail « d'unification et d'harmonisation. L'action communautaire s'est ainsi essentiellement portée sur l'opération *en amont* de l'élaboration de normes dans les domaines du marché intérieur »²³⁸².

463. Un respect incident et conditionné de la diversité des ordres juridiques. – La « nouvelle approche » conceptualisée par la Commission au travers de la notion de reconnaissance mutuelle, si elle est plus respectueuse de la diversité des ordres juridiques et de leurs normes²³⁸³, ne poursuit pas le respect de cette diversité *per se*. Elle s'apparente bien plutôt à un outil *opportun* pour parvenir à la constitution concrète et *rapide* d'un marché intérieur conçu comme un espace sans frontières intérieures. La Commission, soulignant les limites de l'harmonisation prévue par l'article 100 TCEE²³⁸⁴, affirme en effet « qu'un marché commun authentique ne peut être réalisé pour 1992 si la Communauté se borne à appliquer l'article 100 du traité CEE. Certes, il faudra poursuivre les actions au titre de l'article 100, mais son importance diminuera à mesure que les États membres arrêteront des méthodes nouvelles permettant de réaliser des progrès d'une manière *plus rapide et moins laborieuse* »²³⁸⁵. C'est face à ce constat qu'« [u]ne stratégie nouvelle s'impose »²³⁸⁶, qui « doit non seulement viser à éliminer les entraves techniques aux échanges, mais encore le faire d'une manière qui permette de développer l'efficacité et la compétitivité des entreprises et, partant, d'augmenter la prospérité et de créer des emplois »²³⁸⁷. La reconnaissance mutuelle est considérée comme l'instrument majeur de cette nouvelle stratégie, en permettant, d'un côté, aux diverses législations nationales de subsister et, d'un autre côté, à l'Union européenne de restreindre son champ d'intervention, d'éviter « une réglementation excessive, [... un processus] trop lent [...] et trop rigide [qui] pourrait entraver l'innovation »²³⁸⁸. Encore faut-il pour cela que « l'équivalence essentielle des objectifs visés par les législations nationales »²³⁸⁹ soit reconnue.

²³⁸⁰ Commission des Communautés européennes, L'achèvement du marché intérieur, précité, point 60, pp. 16-17.

²³⁸¹ Sur l'intégration négative que ce raisonnement caractérise, voir Jean-Sylvestre BERGÉ, Sophie ROBIN-OLIVIER, *op. cit.*, n^{os} 129-134, pp. 92-97.

²³⁸² Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, p. 591. Voir sur ce point Commission des Communautés européennes, L'achèvement du marché intérieur, précité, point 61, p. 17.

²³⁸³ Sur cette approche, voir *supra*, n^{os} 310-313.

²³⁸⁴ Article 100 TCEE : « Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun.

« L'Assemblée et le Comité économique et social sont consultés sur les directives dont l'exécution comporterait, dans un ou plusieurs États membres, une modification de dispositions législatives ».

²³⁸⁵ Commission des Communautés européennes, L'achèvement du marché intérieur, précité, point 61, p. 17. C'est nous qui soulignons.

²³⁸⁶ *Ibid.*, p. 17.

²³⁸⁷ *Ibid.*, point 62, p. 17.

²³⁸⁸ *Ibid.*, point 64, p. 18.

²³⁸⁹ *Ibid.*, point 63, p. 17.

Dès lors, le recours au principe de reconnaissance mutuelle dans le cadre du marché intérieur répond moins à un souci de préservation de la diversité des ordres juridiques des États membres — bien qu'il le serve incontestablement²³⁹⁰ — qu'à un objectif de bonne gouvernance et à un usage raisonné des principes de subsidiarité et de proportionnalité. La diversité des législations nationales n'est tolérée, par souci d'efficacité, que pour autant qu'elle ne représente pas une entrave à la constitution du marché intérieur ; autrement dit, il est seulement nécessaire de « faire disparaître "une disparité existant entre les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres", dès lors que cette disparité "fausse les conditions de concurrence sur le marché intérieur et provoque, de ce fait, une distorsion qui doit être éliminée" (art. 116 § 1 TFUE) »²³⁹¹. Le respect de cette diversité ne s'autorise d'ailleurs que d'un constat préalable d'équivalence des législations nationales en cause, ou, de manière subsidiaire, du respect d'exigences impératives.

464. Conclusion. – Ainsi, dans le cadre du marché intérieur, le respect de la diversité des ordres juridiques n'est pas poursuivi en lui-même. De caractère instrumental, il est largement subordonné aux libertés de circulation et à l'unification du marché intérieur²³⁹² et varie en fonction des nécessités de la construction de cet espace.

B. La diffusion de la logique du marché intérieur dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice et son dépassement

465. Constat. – Du point de vue de l'importance accordée et de la manière de considérer le respect de la diversité des ordres juridiques, les différences semblent actuellement peu marquées entre le marché intérieur et l'espace de liberté, de sécurité et de justice. La logique du premier s'est effectivement largement immiscée dans la construction du second²³⁹³.

Il nous a ainsi été permis de constater que le même type de logique « d'intégration négative [... visant à abolir les obstacles aux échanges] »²³⁹⁴ a été mise en œuvre dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, en particulier s'agissant de la coopération judiciaire civile en matière familiale, pour laquelle un travail d'uniformisation des règles²³⁹⁵ et

²³⁹⁰ Voir *supra*, n^{os} 312-313.

²³⁹¹ Jean-Sylvestre BERGÉ, Sophie ROBIN-OLIVIER, *op. cit.*, n^o 348, p. 271.

²³⁹² Voir, considérant que, « au nom de la réalisation d'un grand marché européen, les législations nationales ont été placées sous contrôle », Jean-Sylvestre BERGÉ, Sophie ROBIN-OLIVIER, *op. cit.*, n^o 238, p. 180.

²³⁹³ Voir, évoquant, au sujet de la confiance mutuelle et de la reconnaissance mutuelle, « la tentation de céder à la loi de l'imitation en important une logique qui [...] est pourtant étrangère [à l'Espace de liberté], celle du marché intérieur », tentation qui s'est traduite matériellement, Henri LABAYLE, « Faut-il faire confiance à la confiance mutuelle ? », in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union : le long parcours de la justice européenne*, Turin, G. Giappichelli Editore, 2018, pp. 472-485, spéc. p. 474.

²³⁹⁴ Jean-Sylvestre BERGÉ, Sophie ROBIN-OLIVIER, *op. cit.*, n^o 129, p. 92, et plus largement sur cette notion n^{os} 129-134, pp. 92-97.

²³⁹⁵ Sur l'unification des règles de conflit de lois et de juridictions comme moyen d'assurer la libre circulation des personnes, voir *supra*, n^{os} 210-230.

d'unification judiciaire²³⁹⁶ a été mené pour lutter contre les entraves à la libre circulation des décisions, et, en définitive, à la libre circulation des personnes²³⁹⁷. L'influence de la logique du marché intérieur peut en outre se propager en dehors des cas d'uniformisation des règles de conflit. Comme l'explique Léna Gannagé, « parce que le droit communautaire vise, entre autres objectifs, à l'établissement d'un marché intérieur "caractérisé par l'abolition des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux", il tend corrélativement à "éliminer toute entrave qui risquerait d'écarter le conflit de lois de son modèle". Aussi, toute règle de droit susceptible de porter atteinte à l'une de ces libertés sera écartée en raison de la primauté du droit communautaire, quel que soit par ailleurs l'objet sur lequel elle porte »²³⁹⁸. L'auteure constate que le droit international privé, et en particulier le conflit de lois, n'échappe pas à cette règle. C'est ce qu'a très tôt laissé percevoir l'arrêt *Konstantinidis*²³⁹⁹ que l'auteure prend en exemple, dans lequel l'entrave résulte de la diversité des règles applicables à la translittération du nom et donc du conflit de lois lui-même²⁴⁰⁰, dans un domaine relevant de la compétence des États membres. Ainsi, « les principes du droit communautaire [...] peuvent [...] conduire à écarter la loi normalement compétente, dès lors qu'elle n'est pas justifiée par des considérations d'intérêt général, pour lui substituer une loi dont la mise en œuvre est mieux à même de garantir l'effectivité des libertés communautaires »²⁴⁰¹.

466. Causes (1) : l'indétermination de la notion d'espace. – La diffusion de la logique du marché intérieur dans celle de l'espace de liberté, de sécurité et de justice nous paraît avoir pour cause fondamentale un flou au sujet de la définition de l'espace de liberté, de sécurité et de justice²⁴⁰², complaisamment entretenu à la fois par les États membres et par l'Union européenne. La notion d'« espace » en particulier n'a fait l'objet d'une caractérisation

²³⁹⁶ Sur la conception d'un espace judiciaire européen unifié, permettant la libre « circulation » des décisions et supposément par extension, des personnes, voir *supra*, n^{os} 329-338.

²³⁹⁷ Sur ce point, constatant une extension à la matière familiale de l'« [i]nstrumentalisation des conflits de lois au service du marché » et affirmant, à propos de l'adoption du règlement « Bruxelles II », que « c'est bien le fonctionnement efficient du marché intérieur qui exige de pourvoir à l'harmonie de la vie familiale de l'*homo oeconomicus* », voir Horatia MUIR WATT, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », in *L'américanisation du droit*, Arch. phil. droit, t. 45, Sirey, Dalloz, 2001, pp. 271-284, spéc. p. 272.

²³⁹⁸ Léna GANNAGÉ, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes. L'exemple du droit de la famille », *RCDIP*, 2001, pp. 1-42, spéc. p. 18, citant Marc Fallon, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne », *RCADI*, vol. 253, 1995, pp. 1-282, spéc. p. 31. C'est nous qui soulignons.

²³⁹⁹ CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis*, aff. C-168/91, *Rec.*, 1993, p. I-1191.

²⁴⁰⁰ Sur cet arrêt, voir *supra*, n^o 227.

²⁴⁰¹ Léna GANNAGÉ, *op. cit.*, spéc. p. 20.

²⁴⁰² Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, pp. 584-585. Voir également à ce sujet l'expression retenue en titre de l'ouvrage et que les contributions qu'il renferme ont pour objet de mieux circonscrire, Méline DOUCHY-LOUDOT (dir.), *Le visage inconnu de l'espace judiciaire européen*, Actes du colloque organisé par la revue *Droit et Procédures* des 20 et 21 juin 2003, Éditions juridiques et techniques, 2004, 192 p.

rigoureuse ni de la part du législateur ni de celle du juge européens. Le terme permet d'éviter d'avoir recours à la notion de « territoire » dont le parfum étatique a constitué un repoussoir dans le cadre de la construction d'un espace sans frontières intérieures qui englobe les territoires nationaux. Mais au-delà de cette connotation négative, la doctrine se fait hésitante. Certains auteurs entendent l'espace comme une notion géographique, ce que tend à accréditer la définition de l'espace de liberté, de sécurité et de justice comme un espace « sans frontières intérieures ». D'autres, cependant, lui attribuent une teinte fonctionnelle, institutionnelle ; cette acception trouve un écho s'agissant de l'espace judiciaire européen qui, à l'intérieur de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, s'apparente tantôt à un ensemble de normes²⁴⁰³, tantôt à un réseau juridictionnel²⁴⁰⁴.

467. Causes (2) : l'antériorité du marché intérieur. – Par ailleurs, compte tenu de la caractéristique commune aux deux espaces, celle de constituer un « espace sans frontières intérieures »²⁴⁰⁵ au sein duquel la libre circulation des personnes est assurée, l'antériorité de la construction du marché intérieur a certainement été déterminante dans la prédominance acquise originellement par la libre circulation des personnes au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. En particulier, l'évolution du marché commun vers le marché intérieur a constitué le prélude à la généralisation, par le traité de Maastricht, de la libre circulation des personnes à tout citoyen européen, devenue une décennie plus tard « élément du statut fondamental du citoyen européen »²⁴⁰⁶. En effet, au passage du marché commun au marché intérieur, la condition liée au motif économique de la circulation des personnes a été abandonnée pour en garantir un exercice sans entrave²⁴⁰⁷. Ainsi, à l'avènement de l'espace de liberté, de sécurité et

²⁴⁰³ Voir en ce sens Mireille DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 89-105, spéc. p. 100 : « Avec la diversification des processus d'intégration apparaissent des figures qu'il devient difficile de qualifier d'ordre ou de système. Et ce n'est peut-être pas un hasard si l'usage se multiplie du terme "espace" ("area" en anglais) pris dans un sens non seulement géographique, mais aussi fonctionnel, voire structurel : "espace judiciaire européen", pour désigner des règles de coopération et d'harmonisation communes à tous les pays membres de l'UE ou "espace Schengen" pour des règles circonscrites à certains d'entre eux ; puis "espace de liberté, de sécurité et de justice" pour regrouper des instruments combinant coopération et harmonisation dans le champ pénal ; voire "espace pénal européen" ; pour viser des instruments normatifs et institutionnels ; de coopération, d'harmonisation et même d'unification avec le projet de parquet européen ». C'est nous qui soulignons. Voir également, procédant à l'analyse des différents instruments adoptés afin de définir l'espace judiciaire européen, Anne MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, V^o « Espace de liberté, de sécurité et de justice », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, avril 2017, n^{os} 50-92.

²⁴⁰⁴ Voir notamment en ce sens, considérant que « [l]a construction de l'espace judiciaire européen se superpose aux systèmes judiciaires nationaux », Guy CANIVET, « La construction de l'espace judiciaire européen », Intervention à l'École Nationale des Greffes, Dijon, 3 octobre 2006, p. 2, [en ligne], consulté le 4 mai 2019. URL : https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/03-10-06_canivet_eng.pdf. C'est nous qui soulignons.

²⁴⁰⁵ Article 3 § 2 TUE pour l'espace de liberté, de sécurité et de justice ; article 26 § 2 TFUE pour le marché intérieur.

²⁴⁰⁶ CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R. c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-413/99, *Rec.*, 2002, p. I-07091 ; *AJDA*, 2003, p. 1038, chron. J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT ; *RSC*, 2003, p. 156, obs. L. IDOT.

²⁴⁰⁷ Sur cette évolution, voir Pierre VAN OMMESLAGHE, Vincent PIESSEVAUX, *op. cit.*, n^o 28.

de justice, le marché intérieur s'entend déjà d'une construction qui « s'étend à la suppression des entraves à la circulation des particuliers, même lorsque celle-ci a lieu pour des motifs non commerciaux »²⁴⁰⁸. C'est dans cet esprit qu'ont été adoptées les trois directives du 28 juin 1990 qui garantissent un droit au séjour à toute personne n'en disposant pas sur le fondement d'un autre texte de droit européen, aux travailleurs ayant cessé leur activité professionnelle et aux étudiants, sous réserve qu'ils justifient des moyens de leur subsistance dans l'État membre d'accueil²⁴⁰⁹. Dès lors, l'évolution du domaine de la libre circulation des personnes dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, résultant de son articulation progressive par la Cour de justice avec la citoyenneté européenne²⁴¹⁰, a paru s'inscrire dans un même mouvement et perpétuer les avancées du marché intérieur en la matière. Dans ce cadre, la citoyenneté européenne ne saurait constituer, pour l'Union européenne, un nouvel horizon qui se substitue à celui du marché intérieur. « L'émergence de la citoyenneté de l'Union [paraît bien au contraire] montre[r ...] que le marché et les libertés de circulation, en particulier, demeurent les principaux moteurs du développement du droit de l'Union même dans des domaines plus politiques de l'intégration »²⁴¹¹. Le marché intérieur a ainsi constitué un moteur puissant du développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, comme du reste de la construction européenne²⁴¹².

L'existence de rapports entre le marché intérieur et l'espace de liberté, de sécurité et de justice est certes nécessaire. Les liens entre les deux espaces sont inéluctables et s'articulent principalement autour de la libre circulation des personnes. Comme le souligne Sylvaine Poillot-Peruzzetto, « [c]'est parce que la libre circulation des personnes est effective que la question du lien avec la sécurité et la justice se pose. La circulation des personnes induit le besoin de sécurité tout comme elle pose la question de la pertinence des frontières des systèmes juridiques et judiciaires »²⁴¹³. Mais il semble que ces liens nécessaires se soient traduits, dans un premier temps, par une subordination de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au marché intérieur, et que la libre circulation, que les deux espaces ont en partage, a conduit à occulter l'originalité du premier. C'est ainsi animés de cette vision d'une construction

²⁴⁰⁸ *Ibid.*

²⁴⁰⁹ Respectivement, directive du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour (90/364/CEE), JOCE, n° L 180/26, 13 juillet 1990 ; directive du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle (90/365/CEE), JOCE, n° L 180/28, 13 juillet 1990 ; directive du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des étudiants (90/366/CEE), JOCE, n° L 180/30, 13 juillet 1990.

²⁴¹⁰ Sur cette évolution voir notamment Astéris PLIAKOS, V° « Citoyenneté », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, mars 2012, n°s 33-51.

²⁴¹¹ Jean-Sylvestre BERGÉ, Sophie ROBIN-OLIVIER, *op. cit.*, n° 125, p. 89. Voir également en ce sens, Marc FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne », *RCADI*, vol. 253, 1995, pp. 1-282, spéc. p. 89.

²⁴¹² Voir en ce sens, *op. cit.*, n° 125, p. 88.

²⁴¹³ Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, p. 586.

européenne amplement tributaire de l'établissement d'un marché intérieur, que les rédacteurs des traités de Maastricht, d'Amsterdam et de Nice ont établi, d'une part, la nécessité d'adopter, « [a]fin de mettre en place progressivement un espace de liberté, de sécurité et de justice [...], des mesures dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile »²⁴¹⁴, et, d'autre part, que celles-ci « doivent être prises [...] dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur »²⁴¹⁵.

468. Ineffectivité de la distinction des espaces opérée dans le traité de Lisbonne sur la politique juridique de la Commission et du Parlement européen. – Mais alors que le traité de Lisbonne a permis d'émanciper, dans les textes²⁴¹⁶, l'espace de liberté, de sécurité et de justice du marché intérieur, permettant ainsi le passage d'une « *Europe par le droit* » à une « *Europe du droit* »²⁴¹⁷, une telle mue ne s'est pas opérée, pour l'heure, dans le cadre des règles de mise en œuvre des objectifs fixés par les traités²⁴¹⁸. La continuité avec la logique précédente est frappante dans le discours de la Commission, et ce quel que soit le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice concerné.

Ainsi, dans une communication intitulée « Faire de l'Europe ouverte et sûre une réalité »²⁴¹⁹, au titre d'« [u]ne politique migratoire et de la mobilité efficace »²⁴²⁰, première des priorités politiques évoquées, la Commission affirme d'emblée que « [l]a productivité au sein de l'UE et, partant, la reprise économique de cette dernière sont mises à mal par l'évolution démographique en Europe et, en particulier, par l'effet combiné d'une diminution de la population en âge de travailler et d'une pénurie importante de qualifications dans certains secteurs »²⁴²¹. Il s'agit donc, ainsi que le renseigne l'intitulé de la première section précisant

²⁴¹⁴ Article 73 I TCE version Maastricht, article 61 TCE versions Amsterdam et Nice.

²⁴¹⁵ Article 73 M TCE version Maastricht, article 65 TCE versions Amsterdam et Nice.

²⁴¹⁶ Sur ce point, constatant que « la matière est désormais découplée du marché intérieur », voir Catherine KESSEDJIAN, « La relation des textes de référence avec le droit primaire », in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Marc Fallon, Paul Lagarde, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), Dalloz, 2009, pp. 119-133, spéc. p. 120. Voir également Eugénie FABRIES-LECEA, *Le règlement « insolvabilité » : Apport à la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 612 p., spéc. p. 22, n° 5 : l'espace de liberté, de sécurité et de justice serait aujourd'hui « un concept autonome, aussi essentiel, dans la construction de l'Union européenne, et aussi fédérateur, qu'a pu l'être en son temps le marché intérieur » ; Anne MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, V° « Espace de liberté, de sécurité et de justice », *op. cit.*, n° 1.

²⁴¹⁷ Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, p. 587. C'est l'auteure qui souligne.

²⁴¹⁸ Sur l'indifférence de cette modification sur la pratique des institutions européennes, voir Catherine KESSEDJIAN, *op. cit.*, p. 123 : « Cette disposition n'a jamais fait l'objet d'une réelle application par les services de la Commission qui se sont toujours gardés de faire précéder leurs propositions de textes d'une étude concrète sur le terrain des normes internationales existantes et de leur éventuelle adéquation ou inadéquation aux besoins des citoyens européens. Cette exigence s'est simplement traduite par une affirmation sibylline dans les préambules des textes de référence ».

²⁴¹⁹ Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Faire de l'Europe ouverte et sûre une réalité, 11 mars 2014, COM(2014) 154 final.

²⁴²⁰ *Ibid.*, point 1, p. 4.

²⁴²¹ *Ibid.*

cette politique, de « [t]irer pleinement parti des avantages de la migration et de la mobilité » *sur le plan économique*, car, comme le poursuit immédiatement la Commission, « [l']Europe a besoin d'une politique migratoire bien gérée contribuant efficacement à la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive »²⁴²². De même, s'agissant de la politique des visas, la Commission affirme rapidement qu'« [i]l est dans l'intérêt de l'Union européenne d'être ouverte aux visiteurs, car cela contribue à la croissance économique »²⁴²³.

La justice, enfin, a continué à être explicitement subordonnée à la croissance, fragilisant les aspirations à une réflexion relative à l'« Europe du droit ». Ainsi, dans son *Agenda en matière de justice pour 2020*²⁴²⁴, la Commission évoque d'abord, en tant que l'une des « bases de l'espace européen de justice »²⁴²⁵, « la justice au service de la croissance », comme un moyen de « contribuer à la croissance économique »²⁴²⁶, avant de l'envisager comme un outil « au service des citoyens » et un moyen de « [p]rotection des droits fondamentaux »²⁴²⁷. Si bien qu'alors même que, dans les traités, la coopération judiciaire n'est plus soumise aux nécessités du fonctionnement du marché intérieur, « [l]a politique de l'UE en matière de justice doit continuer à soutenir la relance économique, la croissance et la lutte contre le chômage »²⁴²⁸. La même démarche est exposée dans le *Tableau de bord 2019 de la justice dans l'UE*²⁴²⁹. Alors que la communication s'ouvre sur l'importance de la préservation de l'état de droit, celle-ci n'y est manifestement pas perçue comme un objectif autosuffisant, la Commission affirmant que « [l]e respect de l'état de droit, y compris de l'indépendance des systèmes judiciaires, joue un rôle significatif sur les décisions d'investissement et l'attrait de l'Union pour les entreprises. C'est pourquoi améliorer l'efficacité des systèmes judiciaires nationaux est une priorité du Semestre européen, le cycle annuel de coordination des politiques économiques de l'UE »²⁴³⁰. Le Parlement européen n'agit pas différemment lorsque, dans le contexte d'une résolution qui analyse le développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice du seul point de vue du renforcement du marché unique, il « estime que la consolidation des pratiques juridiques [...] entraînera indubitablement une intensification et un renforcement des relations économiques et des relations de travail, qui contribueront à l'avènement d'un véritable marché

²⁴²² *Ibid.*

²⁴²³ *Ibid.*, point 2.2, p. 6.

²⁴²⁴ Commission européenne, Communication 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, 11 mars 2014, COM(2014) 144 final.

²⁴²⁵ *Ibid.*, point 2, p. 3.

²⁴²⁶ *Ibid.*

²⁴²⁷ *Ibid.*

²⁴²⁸ *Ibid.*, point 3, p. 5.

²⁴²⁹ Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil, à la Banque centrale européenne, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Tableau de bord 2019 de la justice dans l'UE, 26 avril 2019, COM(2019) 198 final.

²⁴³⁰ *Ibid.*, p. 3.

unique »²⁴³¹. La justice n'est jamais abordée en elle-même dans ce texte qui n'évoque la garantie des droits fondamentaux que doit assurer la construction d'un tel espace qu'au sujet de la liberté d'entreprise²⁴³².

469. Traduction dans les règlements de droit international privé de la famille. – Il n'est pas ici question de dénier toute pertinence à l'analyse économique, tant il est démontré et reconnu que la prise en compte du risque juridique et donc de la qualité de la justice est un facteur déterminant de la conduite des acteurs économiques²⁴³³. Il s'agit de souligner qu'en dépit du changement de formulation de l'article 81 TFUE par rapport à celle de l'article 65 TCE²⁴³⁴, le marché intérieur a conservé sur l'espace de liberté, de sécurité et de justice, et en particulier sur l'espace judiciaire européen, une influence²⁴³⁵ qui nous semble aller au-delà de la simple « impression »²⁴³⁶ et qui empêche d'observer une « évolution vers une négation de l'influence des considérations économiques sur l'action de l'Union européenne en matière de droit de la famille »²⁴³⁷. Les textes adoptés s'agissant du droit patrimonial de la famille en attestent, qui semblent révéler une confusion entre ce domaine et les objectifs économiques. Le règlement « Successions » en constitue une illustration paradigmatique, dont le préambule, à

²⁴³¹ Parlement européen, Résolution du 23 novembre 2010 sur les composantes en droit civil, droit commercial, droit de la famille et droit international privé du plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm, 2010/2080(INI), point 23.

²⁴³² Résolution précitée, point 25 : « le programme de Stockholm vise à mettre en place un espace européen de liberté, de sécurité et de justice qui garantisse aux citoyens la jouissance des droits fondamentaux, y compris le droit à la liberté d'entreprise afin de développer l'esprit d'entreprise dans les divers secteurs de l'économie ».

²⁴³³ Sur ce point, voir Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, p. 586.

²⁴³⁴ Sur la remise en cause du bien-fondé du lien nécessaire entre coopération judiciaire civile et marché intérieur dans l'article 65 TCE, voir Johan MEEUSEN, « L'Europe entre unité et diversité : du marché intérieur à l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans*, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), Dalloz, 2008, pp. 185-188, spéc. pp. 187-188.

²⁴³⁵ Voir également en ce sens Henri LABAYLE, « Marché intérieur et Espace de liberté, sécurité, justice : propos iconoclastes sur leurs relations mutuelles », Intervention lors de la Journée d'études *Marché intérieur et Espace de liberté, quel dialogue ?*, Bayonne, 17 avril 2014, point 1 [en ligne], consultée le 6 août 2019. URL : <http://www.gdr-elsj.eu/2014/04/22/droits-fondamentaux/marche-interieur-et-espace-de-liberte-securite-justice-propos-iconoclastes-sur-leurs-relations/>.

²⁴³⁶ *Contra*, et sur ce terme, voir Lukas RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, th. dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 2015, 819 p., spéc. n^{os} 390-393, pp. 310-313.

²⁴³⁷ *Op. cit.*, n^o 393, p. 312. *Contra*, Yves-Édouard LE BOS, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Dalloz, 2010, xii-398 p., spéc. n^o 759, p. 293 : « La problématique soulevée par l'influence du marché intérieur sur les concepts juridiques traditionnels comme le conflit de lois confirme bien la mutation progressive de ce dernier, du droit vers l'économie. La nature de la relation juridique qui entraîne le conflit de lois importe en effet moins que la liberté de circulation qui est en cause ». Voir également Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE, « Le droit international privé de la famille à l'heure européenne », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet. Le droit des rapports économiques et privés*, LexisNexis, 2013, pp. 347-365, spéc. p. 349, citant Yves Lequette, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar », *D.*, 2002, pp. 2202-2214, spéc. n^o 8, p. 2205 : « S'il est en principe délivré de la soumission au bon fonctionnement du marché intérieur, qui avait poussé aux solutions les plus caricaturales (cf. l'affaire *Blood*), le règlement européen des situations familiales internationales devrait s'élaborer autour des concepts d'espace de liberté, de sécurité et de justice, et de citoyenneté européenne. Cependant, cette nouvelle rhétorique ne parvient pas à évincer les habitudes que cinquante ans de culture économique du marché ont forgées dans l'esprit des "architectes européens" ».

l'instar de celui du règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés »²⁴³⁸, affirme sans détour qu'« [i]l y a lieu de faciliter le bon fonctionnement du marché intérieur en supprimant les entraves à la libre circulation de personnes confrontées aujourd'hui à des difficultés pour faire valoir leurs droits dans le contexte d'une succession ayant des incidences transfrontières »²⁴³⁹. En outre, de même que le règlement « Régimes matrimoniaux »²⁴⁴⁰, il lie citoyenneté européenne, marché intérieur et action européenne en matière de conflit de lois lorsqu'il affirme qu'« [a]fin de permettre aux citoyens de profiter, en toute sécurité juridique, des avantages offerts par le marché intérieur, le présent règlement devrait leur permettre de connaître à l'avance la loi applicable à leur succession »²⁴⁴¹. Le caractère discursif de références visant à mettre en évidence le fait que les successions ne relèvent pas du droit de la famille ne modifie en rien ce constat. Bien au contraire, il démontre la force de pénétration des considérations relatives au marché intérieur dans un domaine dont la réglementation constitue le reflet de la conception de la famille adoptée²⁴⁴² : non seulement le détail du texte a été dicté par la prise en compte d'objectifs économiques, mais ceux-ci ont également déterminé la procédure d'adoption du texte, et en particulier l'abandon de la procédure spéciale prévue en matière familiale²⁴⁴³.

470. Orientations du Conseil. – Ces éléments de communication de la Commission de l'ère « post-Stockholm » sont d'autant plus remarquables si on les compare avec le traitement réservé à l'espace de liberté, de sécurité et de justice par le Conseil européen dans le programme de Stockholm. Dans cet exposé relatif à « [u]ne Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens »²⁴⁴⁴ — intitulé dont la proximité avec celui de la communication de la Commission retient l'attention —, c'est de l'« Europe des citoyens » et du « bien des citoyens de l'Union »²⁴⁴⁵ dont il est d'abord et principalement question. La suite du développement renforce cette différence de perspective : ainsi, en termes de priorités politiques, « [l]e Conseil considère que la priorité pour les années à venir sera la prise en compte des intérêts et des besoins des citoyens. Le défi sera de garantir le respect des droits et libertés fondamentales et l'intégrité de la personne, tout en assurant la sécurité en Europe. Il est primordial, que les

²⁴³⁸ Considérant 16 du règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » : « [...] Pour faciliter le bon fonctionnement du marché intérieur, il est nécessaire de supprimer les entraves à la libre circulation des personnes ayant contracté un partenariat enregistré ».

²⁴³⁹ Considérant 7 du règlement « Successions ».

²⁴⁴⁰ Considérant 43 du règlement « Régimes matrimoniaux ».

²⁴⁴¹ Considérant 37 du règlement « Successions ».

²⁴⁴² Sur ce point, voir *supra*, n^{os} 465-468, et Alegria BORRÁS, « La libre circulation de la famille en Europe », *LPA*, 4 octobre 2007, n^o 199, pp. 8-21, spéc. n^o 9, p. 9.

²⁴⁴³ Voir *supra*, n^o 7.

²⁴⁴⁴ Conseil européen, Le programme de Stockholm. Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, JOUE, n^o C 115/1, 4 mai 2010.

²⁴⁴⁵ *Ibid.*, point 1, p. 4.

mesures répressives d'une part, et les mesures permettant de préserver les droits de la personne, l'État de droit et les règles relatives à la protection internationale, d'autre part, aillent de pair et se renforcent mutuellement »²⁴⁴⁶. Tout au long du texte, l'accent est mis sur la justice comme valeur, sur la nécessité de garantir la protection des droits fondamentaux. L'espace judiciaire n'est considéré comme un moyen de « [s]outenir l'activité économique »²⁴⁴⁷ que de façon très subsidiaire, résiduelle, le Conseil européen circonvenant les domaines dans lesquels il invite la Commission à effectuer ses travaux à ce titre à « la disparition d'actifs avant l'exécution d'une créance » et à « l'efficacité de l'exécution des décisions de justice au sein de l'Union en ce qui concerne les avoirs bancaires et le patrimoine des débiteurs »²⁴⁴⁸. L'espace de liberté, de sécurité et de justice n'est en revanche jamais présenté par le Conseil européen comme soumis, dans sa globalité, à la croissance économique et au marché intérieur.

471. Conclusion. – Transition. – La démarche de la Commission, qui dispose du monopole de l'initiative législative dans l'Union européenne, est sans nul doute intelligible politiquement. Comme l'expliquent Jean-Sylvestre Bergé et Sophie Robin-Olivier, « [l]a voie du marché est d'autant plus exploitée que la légitimité de la compétence de la Communauté, puis de l'Union, aujourd'hui beaucoup discutée, n'a jamais été véritablement contestée en ce qui concerne le développement et le fonctionnement du marché intérieur »²⁴⁴⁹. Mais elle s'avère particulièrement problématique juridiquement, compte tenu du fait que cette subordination de l'espace de liberté, de sécurité et de justice au marché intérieur et à une logique essentiellement libérale a conduit, dans un second temps, à légitimer une progression vers une conception strictement interne du premier espace, en contradiction avec la définition de ses fondements en droit primaire.

II. La diversité des ordres juridiques, élément intrinsèque à l'espace de liberté, de sécurité et de justice

472. Condition de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. – La recherche légitime d'unité au sein de l'Union européenne a conduit, dans les conditions que nous avons décrites, à réduire considérablement l'importance de la préservation de la diversité des ordres juridiques au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, dont elle constitue pourtant un fondement essentiel. L'appréhension de l'Union européenne comme un ensemble complexe d'ordres juridiques dont les relations s'organisent non pas sur le modèle de la

²⁴⁴⁶ *Ibid.*, point 1.1, p. 4.

²⁴⁴⁷ *Ibid.*, point 3.4.2, p. 16.

²⁴⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁴⁹ Jean-Sylvestre BERGÉ, Sophie ROBIN-OLIVIER, *op. cit.*, *loc. cit.*

subordination — même partielle en raison du domaine restreint concerné par le droit de l'Union européenne — mais sur un mode hétérarchique conduit à envisager l'exigence de respect de la diversité des ordres juridiques nationaux non comme une *limite* qui pourrait être repoussée de plus en plus loin en fonction des nécessités de la libre circulation des personnes, mais comme un *impératif qui conditionne* en partie la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. C'est cet impératif qui s'est traduit par la définition d'une « géographie » variable de cet espace, au travers des clauses d'*opt-out*²⁴⁵⁰. Mais il se maintient également dans le cadre de l'application des règles adoptées s'agissant de cet espace.

C'est ainsi que doit être lu l'article 67 § 1 TFUE, qui figure en exergue du Titre V relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Selon ses termes, « [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 ». L'espace sans frontières intérieures qu'il doit réaliser ne peut donc l'être que dans le respect des systèmes et traditions juridiques des États membres. Il s'agit dès lors d'une différence fondamentale avec la construction du marché intérieur, que l'article 26 TFUE ne soumet en rien à un tel encadrement, différence dont il est nécessaire de mesurer la portée. Jusqu'à présent en effet, compte tenu de l'horizon que dessinent les différents textes de droit international privé, et en particulier de droit international privé de la famille²⁴⁵¹, nous avons considéré que les difficultés dans la mise en œuvre du droit international privé de la famille sont nées d'une *anticipation* d'un espace judiciaire européen dont l'unification est souhaitée²⁴⁵². Or, c'est à un changement de perspective qu'invitent le raisonnement pluraliste et la prise en considération du caractère consubstantiel à la construction européenne de la recherche d'équilibre entre unité et diversité. Selon cette approche, c'est le bien-fondé d'un espace judiciaire européen *unifié* — et non unique — qui peut être remis en cause sur le fondement du droit primaire de l'Union. Il s'agirait ainsi de prendre le contrepied de la démarche actuellement mise en œuvre concernant la construction de l'espace judiciaire européen, en particulier en matière familiale.

473. Différenciation des domaines au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. — On notera à juste titre que l'exigence de respect de la diversité des traditions et systèmes juridiques des États membres s'impose à l'ensemble de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ; la réduction de notre propos à la construction de l'espace judiciaire européen — en matière civile et en particulier familiale pour ce qui nous concerne — mérite donc justification. Celle-ci doit être recherchée, au-delà de la limitation du champ de notre étude,

²⁴⁵⁰ Sur ces clauses, voir *supra*, n^{os} 362-364.

²⁴⁵¹ Sur la soumission du droit international privé de la famille à l'objectif de libre circulation des personnes, voir *supra*, n^{os} 161-183.

²⁴⁵² Sur l'anticipation d'un espace judiciaire européen unifié, voir *supra*, n^{os} 328-342.

dans les stipulations qui organisent l'action européenne dans les différents domaines qui composent cet espace. L'équilibre entre une logique libérale, découlant de la construction d'un espace sans frontières intérieures, et une logique respectueuse de la diversité des ordres juridiques nationaux, dont la recherche paraît aujourd'hui d'une grande complexité compte tenu des développements du droit de l'Union européenne, a en effet été pris en charge par les traités successifs et en particulier par le traité de Lisbonne, qui distingue clairement de ce point de vue le domaine relatif à l'asile et à l'immigration, d'une part, de la coopération judiciaire, d'autre part. L'article 67 poursuit en effet ainsi :

« 2. Elle assure l'*absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures* et développe une *politique commune* en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures qui est fondée sur la solidarité entre États membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers. Aux fins du présent titre, les apatrides sont assimilés aux ressortissants des pays tiers.

3. L'Union œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité par des mesures de prévention de la criminalité, du racisme et de la xénophobie, ainsi que de lutte contre ceux-ci, par des *mesures de coordination et de coopération entre autorités policières et judiciaires* et autres autorités compétentes, ainsi que par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et, si nécessaire, par le rapprochement des législations pénales »²⁴⁵³.

Dès lors, au sein même de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, il existe une différence importante s'agissant de la compétence de l'Union et de la méthode à adopter entre, d'une part, les questions relatives aux visas et à l'immigration et, d'autre part, la coopération judiciaire en matière civile et pénale²⁴⁵⁴. Cette différence a vraisemblablement été occultée dans un premier temps lors de la communautarisation du droit international privé par le traité d'Amsterdam en raison du contexte politique de l'époque, focalisé sur la structuration du « complexe Schengen »²⁴⁵⁵, puis dans un second temps au moment de l'élaboration du TECE,

²⁴⁵³ C'est nous qui soulignons.

²⁴⁵⁴ Voir également en ce sens Henri LABAYLE, *op. cit.*, point 2.2.

²⁴⁵⁵ Sur cette expression et ce contexte, voir Christian KOHLER, « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam », *RCDIP*, 1999, pp. 1-30, spéc. p. 9 : « Si les matières civiles n'ont jamais été totalement absentes des discussions et négociations de la conférence intergouvernementale, elles n'y ont certainement pas occupé une place éminente. En effet, s'agissant de l'évolution du troisième pilier du traité sur l'Union européenne, on sait que l'attention a porté principalement sur les développements de ce qu'il est convenu d'appeler le complexe "Schengen" [...]. La communautarisation partielle de ce complexe, à savoir le transfert à la Communauté européenne de compétences relatives à des matières administratives et pénales visant la condition des étrangers et la lutte contre la criminalité, était au centre des débats ».

la coopération judiciaire, notamment en matière civile, n'ayant pas fait l'objet d'une attention soutenue de la part de la Convention²⁴⁵⁶. Cette différence est pourtant réitérée par les articles du TFUE consacrés à chacun de ces domaines.

474. Contrôles aux frontières, asile et immigration. – Ainsi l'article 77 § 1 TFUE affirme-t-il que « [l]'Union développe une politique »²⁴⁵⁷ relative aux contrôles aux frontières. Il s'agit d'une « politique commune » qui est mise en œuvre s'agissant des visas, comme de l'asile, de la protection subsidiaire et de la protection temporaire, au titre, respectivement, des articles 77 § 2, *littera c*, et 78 § 1 TFUE. L'article 78 § 2 TFUE est à cet égard particulièrement éloquent, qui prévoit la mise en place d'« un système *européen commun* d'asile » par l'adoption de « statuts *uniformes* », de « procédures *communes* », la détermination *au niveau européen* de « critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen » de la demande et de « normes concernant les conditions d'accueil ». Ainsi, dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la logique libérale trouve son lieu d'expression privilégié dans le domaine des contrôles aux frontières, de l'asile et de l'immigration. Les mesures y relatives étant destinées à supprimer les obstacles aux frontières des États membres afin de constituer un espace unique dont seules les frontières extérieures peuvent faire l'objet d'un contrôle et de déterminer une politique commune d'accueil, l'Union européenne a été investie d'une compétence certes partagée, mais qui, lorsqu'elle est exercée dans les conditions prévues par les traités, permet une action d'uniformisation des politiques au niveau de l'Union. Autrement dit, lorsque l'Union européenne exerce sa compétence, les conditions de la relevance du droit de l'Union européenne pour les États sont particulièrement lâches ; inversement, dans ces mêmes circonstances, les conditions de la relevance des droits internes des États membres pour l'Union européenne sont strictes.

475. Espace judiciaire européen. – La construction de l'espace judiciaire européen répond au contraire à des conditions bien différentes. À cet égard, « [l]'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière »²⁴⁵⁸, ainsi qu'une « coopération judiciaire en matière pénale »²⁴⁵⁹. Deux précautions nous semblent ici devoir être observées.

476. La première concerne la technique même de la coopération qui revêt un caractère indubitablement interétatique²⁴⁶⁰. Le fait que cette coopération soit centralisée au niveau de

²⁴⁵⁶ Voir sur ce point François-Xavier PRIOLLAUD, David SIRITZKY, *Le Traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE - TFUE)*, La Documentation française, 2008, 523 p., spéc. p. 214.

²⁴⁵⁷ C'est nous qui soulignons.

²⁴⁵⁸ Article 81 § 1 TFUE.

²⁴⁵⁹ Article 82 § 1 TFUE.

²⁴⁶⁰ Alegría BORRÁS, « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *RCADI*, vol. 317, 2005, pp. 313-536, spéc. n° 37, p. 368.

l'Union européenne ne doit pas conduire à en modifier le sens. Comme le souligne Henri Labayle, « [c]ertes, les outils à [la] disposition [de cette dernière] sont des outils de nature législative et, là est la révolution juridique, la procédure législative ordinaire s'est imposée. Cependant, il faut garder à l'esprit que, dans ces domaines civils et répressifs, l'harmonisation législative est écartée au profit d'abord de la reconnaissance mutuelle des décisions nationales et, au mieux, du rapprochement des législations des États membres »²⁴⁶¹. Dans tous les cas, l'action de l'Union européenne devrait donc, selon les termes des articles 81 et 82 TFUE, porter sur une *coordination* des normes juridiques nationales pour en préserver la diversité. Dès lors, il est permis de constater, avec ce même auteur, que « la subsidiarité règne ici en maîtresse. Non pas, comme dans le marché intérieur, au titre d'une régulation intelligente des compétences réclamant de faire d'abord la preuve de la nécessité d'une action commune mais indéniablement par hypothèse. [...] La mise au contact des systèmes nationaux ne peut se faire à leur détriment »²⁴⁶². Ce phénomène est en outre particulièrement prégnant en matière familiale, compte tenu de la procédure spéciale prévue par l'article 81 § 3 TFUE qui déchoit la procédure ordinaire de son titre au profit de la règle de l'unanimité.

Le traité est donc porteur, en particulier depuis la révision de Lisbonne, d'une logique très différente de celle qui a guidé en pratique la démarche des institutions européennes dans la construction de l'espace judiciaire européen. Ainsi, alors que la méthode mise en œuvre repose aujourd'hui sur des outils qui, comme la confiance mutuelle, ont « pour principale fonction de relativiser les obstacles que cette diversité juridique oppose au développement de l'[espace de liberté, de sécurité et de justice] »²⁴⁶³, le traité impose au contraire de *fonder* cet espace sur la diversité des droits nationaux et de renoncer, dans les matières qui nécessitent une *coopération* entre les États membres, à la logique de l'intégration²⁴⁶⁴. Dès lors, il est permis de penser que « [n]on seulement les États membres ne sont pas tenus de démanteler leurs constructions juridiques nationales mais [que] l'Union doit composer avec celles-ci dans un rapport autant de compatibilité que de conformité »²⁴⁶⁵.

Cette logique a des implications d'ampleur sur la constitution de la composante judiciaire de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Elle oriente fondamentalement le *sens* même de cette construction en donnant une indication claire sur la signification de la notion plurivoque d'*unification*. Il est en effet possible de retenir, avec Marie Gautier, deux acceptions de ce terme. Il peut être question, soit, dans un sens faible, d'une « idée de décroisement, de

²⁴⁶¹ Henri LABAYLE, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁴⁶² *Op. cit.*, point 2.3.

²⁴⁶³ Henri LABAYLE, « La confiance mutuelle dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁴⁶⁴ En ce sens, voir Henri LABAYLE, « Faut-il faire confiance à la confiance mutuelle ? », *op. cit.*, pp. 478-479.

²⁴⁶⁵ *Op. cit.*, p. 479.

disparition des frontières, autrement dit de création d'un territoire unique »²⁴⁶⁶, soit, dans un sens fort, de « la recherche d'un territoire unifié, c'est-à-dire d'un territoire au sein duquel différents éléments (la règle de droit par exemple mais pas seulement) sont identiques »²⁴⁶⁷. Il n'est pas contestable, de notre point de vue, que la disparition des frontières réside au cœur de la construction européenne et notamment de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Cependant, l'unification de l'espace judiciaire européen ne saurait revêtir, compte tenu des conditions qui s'imposent à elle²⁴⁶⁸, le sens fort d'un espace uniforme²⁴⁶⁹. Or, c'est précisément la constitution d'un espace uniforme que visent, plus ou moins progressivement, les différents règlements en matière de droit international privé de la famille qui, dans la droite ligne des règlements « TEE » et « IPE » en matière civile et commerciale²⁴⁷⁰, « véhiculent un modèle d'espace judiciaire européen totalement intégré, au sein duquel les frontières étatiques sont presque abolies »²⁴⁷¹. C'est en particulier l'allègement voire la suppression de l'*exequatur*, et donc du contrôle de la décision qui « circule » d'un État membre à l'autre au regard de l'ordre public international de l'État membre d'accueil, et l'exigence jurisprudentielle de concentration des recours dans l'État membre d'origine qui contribuent à imposer la conception de « l'espace judiciaire européen comme un espace purement interne, dénué de frontière, et de [...] certaines décisions émanant d'un État membre comme des décisions purement internes »²⁴⁷². Il nous semble donc que ces solutions, au-delà de susciter des réactions nationales négatives qui ne contribuent pas à l'instauration d'un climat de confiance mutuelle²⁴⁷³, sont fondamentalement contraires à l'essence même de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, et en particulier de l'espace judiciaire civil européen.

477. La seconde précaution quant à la coopération judiciaire qu'impose la constitution de l'espace de liberté, de sécurité et de justice porte sur l'*objet* de la coordination prévue. Si l'on

²⁴⁶⁶ Marie GAUTIER, « L'unification. Introduction », in *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans*, *op. cit.*, pp. 109-111, spéc. p. 109.

²⁴⁶⁷ *Ibid.*

²⁴⁶⁸ Il nous semble ainsi que, contrairement à ce que paraît suggérer Marie Gautier (*op. cit.*, pp. 110-111), il ne s'agit pas seulement d'une impossibilité contingente liée au caractère utopique de l'unification compte tenu des divergences nationales, mais d'une impossibilité absolue *en l'état des textes européens*, que seule une volonté politique différente qui se traduirait par une modification des traités pourrait amender.

²⁴⁶⁹ Voir ainsi, préférant se référer à la notion d'intégration plutôt qu'à celle d'uniformisation, Jean-Louis COLL, « L'Europe et ses territoires », in *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans*, *op. cit.*, pp. 113-116, spéc. p. 113 : « Quand on traite de l'espace européen, le premier terme qui vient à l'esprit est davantage celui d'"intégration" que d'"unification". Cela peut s'expliquer par le fait que la notion d'intégration paraît davantage relever de la mise en valeur d'interdépendances et de travaux de coordination que d'un processus d'unification. Il semble en effet que l'approche de la construction européenne par les territoires puisse conduire à des démarches plus coopératives et moins centralisées que d'autres ».

²⁴⁷⁰ Sur ce point, voir *supra*, n° 330.

²⁴⁷¹ Au sujet des règlements « TEE » et « IPE », voir Étienne PATAUT, « L'espace judiciaire européen : un espace cohérent ? », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Anne Marie Leroyer, Emmanuel Jeuland (dir.), Dalloz, 2004, pp. 31-49, spéc. p. 48.

²⁴⁷² *Ibid.*

²⁴⁷³ Sur ces réactions et leur signification du point de vue de la confiance mutuelle, voir *supra*, n°s 358-425.

se restreint à la coopération judiciaire civile, qui nous intéresse ici plus particulièrement, une partie des auteurs considère que l'adoption de règles de conflit uniformisées à l'échelle européenne permet d'assurer cette coordination des règles juridiques nationales diverses. Ces auteurs, à l'image de Johan Meeusen, tout en reconnaissant « que le traité d'Amsterdam a introduit une compétence spécifique, mais formulée de manière restrictive, dans le domaine du droit international privé »²⁴⁷⁴, ont ainsi considéré que « [l]e droit international privé peut [...] jouer un rôle coordinateur, qui permet d'éviter une harmonisation matérielle non souhaitée de ces domaines »²⁴⁷⁵. De même, pour Sylvaine Poillot-Peruzzetto, l'uniformisation des règles de conflit de lois et la reconnaissance mutuelle constituent des moyens de « construire des normes connectées, lesquelles permettent le maintien de la diversité tout en assurant une unité de gestion »²⁴⁷⁶. Ces procédés rempliraient ainsi l'office de l'espace judiciaire civil européen en ce qu'ils « condui[sen]t à partir de la diversité des normes nationales dans les domaines ne relevant pas directement du marché intérieur — par exemple, le droit de la famille — à l'accepter sans chercher à la supprimer par l'uniformisation, voire par l'harmonisation, et finalement à la coordonner au stade de l'application, soit en aval de la norme »²⁴⁷⁷. Un retour à la lettre de l'article 81 TFUE nous mène cependant à contester ce constat de respect de la diversité des ordres juridiques nationaux par ce biais. Un rappel de ses termes s'impose avant de poursuivre :

« 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 ;

[...]

²⁴⁷⁴ Johan MEEUSEN, *op. cit.*, p. 187.

²⁴⁷⁵ *Ibid.*

²⁴⁷⁶ Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, p. 591.

²⁴⁷⁷ *Ibid.*

c) la *compatibilité* des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence ;

[...]

e) un accès effectif à la justice [...] »²⁴⁷⁸.

Les restrictions relatives à la compétence de l'Union européenne en droit international privé de la famille, que nous avons déjà pu constater²⁴⁷⁹, nous semblent devoir être ici pleinement perçues à l'aune de l'impératif de respect de la diversité des ordres juridiques nationaux. L'article limite les mesures adoptées dans ce cadre à une action de « rapprochement des dispositions législatives » qui peut s'effectuer par la recherche de la « compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence » : la coordination dont il est question, qui s'effectue par l'adoption de mesures législatives au niveau de l'Union européenne, nous semble dès lors porter, d'après la lettre de l'article 81 TFUE, sur les règles de conflit elles-mêmes, et non sur les seules règles matérielles qu'elles désignent. Ces règles de conflit sont en effet porteuses des particularités d'un ordre juridique, notamment en matière familiale ; c'est ce que révèlent à la fois les difficultés à les rapprocher, voire à les uniformiser, les divergences et résistances nationales que peuvent susciter leur application, et enfin la volonté de l'Union européenne de les uniformiser²⁴⁸⁰.

478. Conclusion du paragraphe. – Dès lors, si nous pouvons sans peine nous rallier au constat du « renouveau opéré par la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice » formulé par Sylvaine Poillot-Peruzzetto²⁴⁸¹, nous y accordons une portée différente. Le changement promu par la construction de cet espace, en particulier dans sa composante relative à la justice, nous semble devoir bousculer en profondeur les habitudes européennes²⁴⁸², en particulier le recours à « l'unification et l'harmonisation [qui] illustrent [...] la méthode communautaire »²⁴⁸³. C'est suivant cette orientation que nous paraît devoir porter la réflexion relative au traitement du droit international privé de la famille au sein de l'Union européenne.

²⁴⁷⁸ C'est nous qui soulignons.

²⁴⁷⁹ Voir *supra*, n^{os} 177-182.

²⁴⁸⁰ Sur l'ensemble de ces points, voir *supra*, n^{os} 173-176, 188-195, 358-426, .

²⁴⁸¹ Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁴⁸² La construction européenne est cependant coutumière de telles perturbations. Voir sur ce point Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.*, p. 599 : « Ainsi les développements et les enrichissements de l'ordre communautaire peuvent-ils aujourd'hui perturber les familiers des concepts et méthodes communautaires, comme l'ordre communautaire a pu perturber, à l'origine, les concepts et méthodes forgés par les ordres nationaux dans un contexte d'ordre juridique fermé et d'économies plutôt nationales. À la recherche de l'équilibre entre valeurs et méthodes nationales, et valeurs et méthodes communautaires, répond aujourd'hui, au sein même de l'ordre communautaire, la recherche d'un équilibre entre l'Europe première du marché intérieur et l'Europe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice à inventer autour du droit ».

²⁴⁸³ Jean-Claude GAUTRON, « Harmonisation, coordination unification », in *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans*, *op. cit.*, pp. 179-183, spéc. p. 179.

479. Conclusion du Chapitre. – Transition. – C’est à une conclusion strictement opposée à l’inclination actuelle du droit international privé de la famille de l’Union que mène l’étude des fondements de la construction européenne. En effet, la poursuite de l’élaboration d’un espace judiciaire uniforme, au soutien de la libre circulation des personnes, justifie l’ensemble de l’édifice conflictuel européen en matière familiale. Elle procède pourtant d’une conception artificiellement moniste des rapports entre ordre juridique de l’Union en construction et ordres juridiques nationaux, et apparaît en contradiction avec le respect de la diversité des ordres juridiques nationaux qui représente une condition et une limite de la relevance du premier pour les seconds dans l’espace de liberté, de sécurité et de justice, et en particulier dans le domaine de la coopération judiciaire en matière familiale. Le paradigme pluraliste permet en effet d’appréhender distinctement la constitution de cet espace de celle du marché intérieur. Dès lors, ce n’est pas uniquement la différence de fondement et de relation à la diversité des ordres juridiques nationaux qu’il faut constater entre ces deux espaces, mais également la diversité d’objectifs poursuivis. Dans ces conditions, ce n’est pas seulement que l’uniformité recherchée pèche par inadéquation à l’objectif poursuivi, celui de la libre circulation des personnes ; c’est cet objectif même qui ne paraît pas correspondre à celui qui a été assigné par les traités à la coopération judiciaire en matière civile, et par extension, à l’action européenne en droit international privé de la famille. C’est à partir de ce constat qu’il convient désormais d’identifier et de définir l’objectif de cette action, et d’en proposer une reconfiguration.

CHAPITRE 2

L'ACCÈS À LA JUSTICE COMME OBJECTIF DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE EUROPÉEN

480. La portée du changement d'approche introduit par le traité de Lisbonne ne semble pas avoir été réellement mesurée. En abandonnant l'encadrement de la coopération judiciaire en matière civile par les nécessités du marché intérieur, le texte a redéfini l'action européenne en droit international privé. Il en a renforcé les fondements, tout en déterminant les conditions d'une « révolution culturelle »²⁴⁸⁴ qui orientent la réglementation européenne vers une approche moins intégrationniste. Ces deux termes du changement, s'ils peuvent le paraître, ne sont pas contradictoires ; ils nous semblent cependant devoir impérativement être lus ensemble pour que leur signification respective soit pleinement comprise.

En effet, la mention par l'article 81 § 2 TFUE du marché intérieur comme une justification parmi d'autres de l'adoption de mesures notamment en matière familiale a conféré à ces dernières une autonomie les mettant, théoriquement, à l'abri des critiques pouvant être formulées s'agissant de la ténuité des liens qu'elles entretiennent avec cet espace. Si l'on y associe l'intensification de la visée de ces mesures, qui doivent désormais « assurer » – et non plus simplement « favoriser » ou « améliorer et simplifier » comme le prévoyait l'article 65 TCE – « la compatibilité des règles applicables [...] en matière de conflit de lois et de compétence internationale » et « la reconnaissance mutuelle [...] des décisions judiciaires », le fondement du droit régissant les relations familiales transfrontières issu du traité de Lisbonne paraît permettre de façon plus certaine l'adoption de mesures plus volontaristes en la matière. Toutefois, la rédaction de l'article 81 TFUE ne semble pas autoriser la poursuite de l'entreprise *uniformisatrice* entamée au cours de l'année 2000, car le fondement du respect de la diversité des traditions et systèmes juridiques nationaux ne se situe pas dans un rapport de tension avec l'objectif de libre circulation, des personnes comme des décisions. Non seulement la relativisation des nécessités du marché intérieur permet de ne pas de considérer cet objectif comme étant assigné à la coopération judiciaire en matière civile, mais le traité de Lisbonne innove à cet égard en définissant explicitement l'objectif poursuivi par les mesures adoptées au titre de l'article 81 TFUE. En effet, contrairement à l'article 61, *littera c* TCE qui se contente de déclarer qu'« [a]fin de mettre en place progressivement un espace de liberté, de sécurité et de justice, le Conseil arrête [...] des mesures dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile, visées à l'article 65 », l'article 67 § 4 TFUE, en stipulant que « [l]'Union *facilite*

²⁴⁸⁴ Isabelle BARRIÈRE BROUSSE, « Le Traité de Lisbonne et le droit international privé », *JDI*, 2010, doct. 1, pp. 3-34, spéc. n° 30, p. 34.

l'accès à la justice, notamment par le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires en matière civile »²⁴⁸⁵, définit, pour la première fois, « la raison d'être de l'espace judiciaire européen »²⁴⁸⁶. Les clauses de réexamen qui figurent dans les règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » confirment ce statut, en prévoyant une évaluation relative à la contribution de ces textes à la garantie de l'accès à la justice²⁴⁸⁷.

481. Plan. – C'est dès lors, nous semble-t-il, au travers de cet objectif qui doit être défini (SECTION 1), et dans un cadre respectueux de la diversité des ordres juridiques nationaux, que doivent être repensées la définition de cet espace et l'action européenne en matière de droit international privé de la famille (SECTION 2).

SECTION 1 : LA DÉFINITION DE L'ACCÈS À LA JUSTICE COMME OBJECTIF DE LA COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE CIVILE

482. Plan. – La notion d'accès à la justice a ceci de curieux qu'elle est généralement envisagée comme un élément fondamental du droit de l'Union et semble parée des atours de l'évidence, sans pour autant avoir jamais été définie en tant que telle en droit de l'Union européenne. La difficulté n'est cependant pas propre à ce domaine. Il a ainsi déjà été souligné que « l'accès à la justice n'est pas une question centrale de la théorie générale du droit »²⁴⁸⁸, et que sa signification et son statut restent difficiles à définir²⁴⁸⁹. Si bien que son usage tantôt se passe de définition, tantôt s'accompagne d'une définition dont il est précisé qu'elle est circonstanciée²⁴⁹⁰. Compte tenu du principe d'attribution des compétences en droit de l'Union et de la nécessaire prise en compte du caractère finalisé des règles qui en découle, il convient, afin de déterminer les règles qui peuvent être adoptées s'agissant du droit international privé de la famille, de préciser la notion d'accès à la justice. C'est d'abord au contenu de l'objectif assigné à la coopération judiciaire en matière civile (I) puis à ses bénéficiaires (II) que l'on

²⁴⁸⁵ C'est nous qui soulignons.

²⁴⁸⁶ Isabelle BARRIÈRE BROUSSE, *op. cit.*, n° 1, p. 7.

²⁴⁸⁷ Articles 68 § 2 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ».

²⁴⁸⁸ Xavier MAGNON, « L'accès à la justice dans la théorie générale du droit », in *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Actes du colloque annuel de la Société française pour le droit de l'environnement (Toulouse, 5-6 novembre 2015), Julien Bétaille (dir.), Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2016, pp. 27-48, spéc. p. 27.

²⁴⁸⁹ Joël ANDRIANTSIMBOVINA, « L'accès à la justice au sein des droits de l'Homme », in *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, *op. cit.*, pp. 49-61, spéc. pp. 49-50.

²⁴⁹⁰ Pour un exemple en ce sens, voir *op. cit.*, p. 52 : « Dans la présente contribution, le droit d'accès à la justice est assimilé au droit d'accès au juge ». C'est nous qui soulignons.

s'intéressera, non pas dans le but de proposer une définition abstraite de l'accès à la justice qui viendrait s'ajouter et complexifier celles qui existent, mais d'identifier le sens de la notion retenue en droit de l'Union européenne.

I. « Faciliter l'accès à la justice » : définition du contenu de l'objectif

483. Genèse. – Avant de devenir l'objectif attribué par l'article 67 § 4 TFUE à la coopération judiciaire en matière civile, et quoique délaissé par les institutions européennes lors de la mise en œuvre de ce texte, l'accès à la justice avait déjà été considéré par le Conseil comme « un droit généralement reconnu qui est aussi réaffirmé à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »²⁴⁹¹. Le Conseil considère donc que la consécration de ce droit est antérieure à l'édiction de la Charte, et *a fortiori* à l'acquisition d'une valeur juridique par ce texte au moment de l'adoption du traité de Lisbonne, et que la Charte se contente de l'énoncer à nouveau. Cependant, une étude de l'article 47 de la Charte et de la jurisprudence de la Cour de justice ne permet pas de dissiper toute ambiguïté relative à la notion d'accès à la justice. Plus précisément, ce sont les liens de cette notion avec celles de procès équitable et de protection juridictionnelle effective au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, de droit à un recours effectif et de droit d'accès au juge de manière générale, qui nécessitent d'être précisées afin de mieux identifier les règles qui doivent être adoptées en droit international privé de la famille.

484. L'accès effectif à un tribunal. – Le vocable « accès à la justice » ayant été très peu usité en droit de l'Union avant la rédaction de la Charte des droits fondamentaux, c'est à partir de ce texte qu'une réflexion peut être amorcée, qui sera éclairée par la jurisprudence antérieure de la Cour et tout autre élément pertinent du droit de l'Union. L'article 47 de ce texte, intitulé « Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial », est rédigé comme suit :

« 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.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial,

²⁴⁹¹ Considérant 5 de la directive 2002/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires, JOCE, n° L 26/41, 31 janvier 2003.

établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice. »

Le premier paragraphe énonce ainsi un droit à un recours effectif, tandis que le deuxième constitue l'expression du droit à un procès équitable. Cette distinction est bien connue de la doctrine européeniste. Elle correspond aux droits respectivement consacrés par les articles 13 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, sur lesquels l'article 47 de la Charte se fonde explicitement²⁴⁹² tout en étendant la protection qu'ils assurent²⁴⁹³. Ce n'est qu'au dernier paragraphe qu'apparaît la notion d'accès à la justice, au sujet de la nécessité de prévoir un mécanisme d'aide juridictionnelle. C'est aussi au travers de ce cette préoccupation qu'est envisagé l'accès à la justice dans le règlement « Aliments », seul texte de droit international privé de la famille qui y consacre certaines dispositions²⁴⁹⁴. Dès lors, la question se pose de savoir si l'accès à la justice est un concept qui englobe les deux précédents, s'il ne concerne que l'un des deux ou s'il revêt un sens différent à la fois de l'un et de l'autre.

À défaut d'indication claire de l'intitulé de l'article 47, les Explications relatives à la Charte fournissent une première information. Le court développement relatif à l'article 47 § 3 situe à nouveau cette stipulation dans le prolongement du droit européen des droits de l'homme. Il précise en effet qu'« il convient de noter que, d'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une aide juridictionnelle doit être accordée lorsque l'absence d'une telle aide rendrait inefficace la garantie d'un recours effectif »²⁴⁹⁵. C'est en particulier la jurisprudence résultant de l'arrêt *Airey c. Irlande*²⁴⁹⁶ qui est ici visée, arrêt selon lequel « [l]a Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs », et la Cour de préciser que « [l]a remarque vaut en particulier pour le droit d'accès aux tribunaux, eu égard à la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une

²⁴⁹² Voir à cet égard les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, 2007/C 303/02, JOUE, n° C 303/17, 14 décembre 2007, spéc. pp. 29-30.

²⁴⁹³ *Ibid.* Les Explications relatives à la Charte, reprenant sur ce point la jurisprudence développée par la Cour de justice, précisent en effet que le recours effectif s'entend, en droit de l'Union, d'un recours *juridictionnel*, quand cette caractéristique ne constitue pas une exigence du droit européen des droits de l'homme, et que le droit à un tribunal n'est pas restreint aux contestations relatives à des droits et obligations de caractère civil.

²⁴⁹⁴ Chapitre V, articles 44 à 47 du règlement « Aliments ». Le règlement « Bruxelles II *ter* » mentionne également l'accès à la justice, mais uniquement dans son préambule, qui ne permet pas de préciser le sens de la notion : selon le considérant 3, l'accès à la justice doit être assuré, au même titre que la libre circulation des personnes, au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

²⁴⁹⁵ Explications précitées, p. 30.

²⁴⁹⁶ CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, *Série A*, n° 32.

société démocratique »²⁴⁹⁷. Dès lors, l'article 6 § 1 de la Convention doit être compris comme garantissant non seulement un droit d'accès aux tribunaux, et pas seulement comme une stipulation offrant des garanties procédurales à des parties à une instance *en cours*²⁴⁹⁸, mais aussi plus particulièrement un droit d'accès *effectif* aux tribunaux²⁴⁹⁹. Il peut dès lors sembler qu'au sens de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, l'accès à la justice corresponde à l'accès effectif à un tribunal²⁵⁰⁰ et constitue ainsi une composante du droit au procès équitable.

485. Les composantes non-judiciaire et judiciaire de l'accès à la justice. – Il paraît cependant douteux que l'accès à la justice se réduise à l'accès effectif à un tribunal, du moins strictement entendu comme les « modalités d'accès à celui-ci et donc [...] la manière dont un ordre juridique régit l'accès à l'organe du contrôle de la régularité »²⁵⁰¹. C'est d'abord le droit dérivé qui permet de préciser le lien entre ces notions. Deux textes en particulier autorisent à questionner leur équivalence.

Le premier est la directive 2002/8/CE visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire, dont le préambule fournit quelques indications disséminées sur la notion d'accès à la justice retenue. En effet, après avoir énoncé que « [l]e manque de ressources d'une personne partie à un litige, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, pas plus que les difficultés induites par le caractère transfrontalier d'un litige, ne devraient constituer des obstacles à un accès effectif à la justice »²⁵⁰², ce texte précise que « [l]'aide judiciaire devrait couvrir les conseils précontentieux afin de parvenir à un règlement avant d'engager une procédure judiciaire, une assistance juridique pour saisir un tribunal et une représentation en justice ainsi que la prise en charge ou l'exonération des frais de justice ». Ainsi, la phase précontentieuse et les modes alternatifs de règlement des différends étant envisagés — quoique l'intitulé de la directive vise l'aide *judiciaire* et non l'aide juridique —, l'accès à la justice ne semble pas entièrement lié à une procédure judiciaire mais se rapproche de l'accès au droit. Notre étude de la notion d'accès à la justice se cantonnant cependant à sa définition en tant qu'objectif de la coopération *judiciaire* en matière civile et notamment familiale, nous nous contenterons du constat

²⁴⁹⁷ *Ibid.*, point 24.

²⁴⁹⁸ CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, *Série A*, n° 18, points 35-36.

²⁴⁹⁹ Cela peut conduire à « astreindre l'État à pourvoir à l'assistance d'un membre du barreau quand elle se révèle indispensable à un accès effectif au juge soit parce que la loi prescrit la représentation par un avocat, comme la législation nationale de certains États contractants le fait pour diverses catégories de litiges, soit en raison de la complexité de la procédure ou de la cause » : CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, précité, point 26. Voir notamment sur ce point Frédérique FERRAND, V° « Procès équitable », in *Dictionnaire de la justice*, Loïc Cadet (dir.), PUF, 2004, pp. 1093-1099, spéc. p. 1095.

²⁵⁰⁰ En ce sens, voir Sylvie CAROTENUTO, Jorge MENDES CONSTANT, « L'inscription de la justice dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *LPA*, 5 juillet 2002, n° 134, pp. 4-17, spéc. p. 7.

²⁵⁰¹ Xavier MAGNON, *op. cit.*, p. 29.

²⁵⁰² Considérant 6 de la directive 2003/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003, précitée.

d'éléments extra-judiciaires la composant. En revanche, cette ouverture de la notion d'accès effectif à la justice à l'extra-judiciaire interroge sur le contenu de sa composante judiciaire. La question se pose de savoir si cette composante se confond, elle, avec l'accès effectif au tribunal, de sorte que la « justice » dans sa composante judiciaire se contenterait de l'ouverture d'une voie juridictionnelle, d'un « tribunal ».

Une réponse négative semble pouvoir être envisagée à la lecture du second texte, le considérant 8 du règlement établissant un programme « Justice » pour la période 2014-2020²⁵⁰³, (ci-après, « règlement "Justice" »), qui affirme que « [l']accès à la justice devrait englober *notamment* l'accès aux tribunaux, aux modes alternatifs de règlement des litiges et aux titulaires d'une fonction publique tenus par la loi de fournir des conseils juridiques indépendants et impartiaux aux parties »²⁵⁰⁴. L'accès au tribunal n'est donc ici énoncé que comme une composante de l'accès à la justice.

Il convient dès lors de se demander si la lecture comparée de ces deux textes, directive et règlement, permet de définir plus globalement le contenu de l'accès à la justice. Autrement dit, la question se pose de savoir si les éléments exceptés par le préambule du règlement – révélés par l'emploi de l'adverbe *notamment* – sont ceux qui, en sus de l'accès au tribunal, ont été énoncés par le préambule de la directive, et donc se réduisent à une composante extra-judiciaire. La réponse nous paraît être négative, dès lors que « les conseils précontentieux afin de parvenir à un règlement avant d'engager une procédure judiciaire » de la directive peuvent être rattachés aux « modes alternatifs de règlement des différends » explicitement prévus par le règlement, et que les frais de justice visés par la directive découlent de l'accès aux tribunaux envisagé par le règlement compris comme « la faculté de *saisir* un tribunal, de *s'adresser* à lui, de *poursuivre* l'affirmation d'une prétention devant lui »²⁵⁰⁵. Ainsi, il résulte de ces textes que la composante judiciaire de l'accès à la justice elle-même s'envisage au-delà du seul accès effectif au tribunal.

486. La dimension matérielle de la composante judiciaire de l'accès à la justice. – Les stipulations du TFUE apportent des précisions sur le contenu judiciaire de l'accès à la justice. Si, à l'avenir, l'adoption de textes de droit dérivé sur le fondement de l'article 81 § 2, *littera e* TFUE pourrait mener à éclairer le sens précis de la stipulation, les termes de l'article 67 § 4 TFUE permettent de spécifier la signification qu'y assume l'accès à la justice. En effet, le seul moyen, certes non exclusif, mais explicitement énoncé dans ce dernier article, pour atteindre l'objectif de faciliter l'accès à la justice est le principe de reconnaissance

²⁵⁰³ Règlement (UE) 1382/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 établissant un programme « Justice » pour la période 2014-2020 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JOUE, n° L 354/73, 28 décembre 2013.

²⁵⁰⁴ C'est nous qui soulignons.

²⁵⁰⁵ Henri MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Le droit subjectif en question. Arch. phil. droit*, t. 9, 1964, pp. 215-227, spéc. p. 223. C'est l'auteur qui souligne.

mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Dès lors, la conception de l'accès à la justice adoptée par ce texte est manifestement plus large que le seul accès aux tribunaux. Cette interprétation semble en outre confortée par une interprétation des articles 67 § 4 et 81 TFUE lus ensemble fondée sur le principe de l'effet utile. La notion d'accès à la justice y apparaît en effet deux fois, en ayant deux fonctions et deux formes différentes. Comme nous l'avons énoncé, « l'accès à la justice » – qui selon le premier texte doit être facilité – correspond à l'objectif attribué à la coopération judiciaire en matière civile. Au contraire, la notion visée à l'article 81 § 2, *littera e* TFUE est qualifiée, puisqu'il s'agit ici d'un « accès *effectif* à la justice »²⁵⁰⁶ ; ce dernier constitue ici une modalité de la coopération judiciaire en matière civile que les mesures adoptées pour assurer l'accès effectif à la justice servent à développer sur le fondement du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. La notion d'accès à la justice nous paraît donc devoir revêtir un sens différent selon qu'il s'agit de la considérer dans le cadre de l'un ou l'autre de ces articles.

L'article 67 § 4 TFUE lie l'accès à la justice à la reconnaissance mutuelle des décisions. Il porte ainsi à considérer que la concrétisation de l'accès à la justice se réalise par un processus qui débute par l'accès aux tribunaux d'un État membre et qui conduit les juridictions d'un autre État membre à faire produire des effets à la décision rendue par la juridiction d'origine²⁵⁰⁷, dans le but de permettre au justiciable, au sein de l'espace judiciaire européen « de faire reconnaître et respecter ses droits, au besoin en saisissant les juridictions appropriées »²⁵⁰⁸. Le lien établi entre l'accès à la justice et le principe de reconnaissance mutuelle des décisions met en évidence que, dans la conception adoptée par l'Union européenne, l'accès aux tribunaux, conçu comme un élément de l'accès à la justice, est un droit finalisé et ne se suffit pas à lui-même. Il ne constitue que l'une des « ramifications »²⁵⁰⁹ de l'accès à la justice. De cette dernière notion découlent en effet d'autres droits parmi lesquels figure l'exécution des décisions de justice rendues²⁵¹⁰. Comme le relève Marie-Anne Frison-Roche, « l'accès à la justice n'a de sens qu'au regard du jugement obtenu, mais ce jugement acquis n'a lui-même d'existence concrète — et

²⁵⁰⁶ C'est nous qui soulignons.

²⁵⁰⁷ Voir, considérant que l'accès à la justice s'entend de l'obtention et de l'exécution d'une décision judiciaire, Yvon DESDEVISES, V^o « Accès au droit/accès à la justice », in *Dictionnaire de la justice*, Loïc Cadiet (dir.), PUF, 2004, pp. 1-6, spéc. p. 1.

²⁵⁰⁸ *Ibid.*

²⁵⁰⁹ Le terme est emprunté à Joël ANDRIANTSIMBOVINA, *op. cit.*, p. 53. L'auteur précise (*ibid.*) : « La ramification du droit d'accès à la justice est impressionnante. En droit international et en droit européen des droits de l'homme, ce droit comprend plusieurs composantes allant du droit à un procès équitable au droit à un recours effectif en passant par le droit au juge ou le droit à un tribunal, le droit à une décision de justice et le droit à l'exécution de celle-ci ».

²⁵¹⁰ Voir sur ce point Thierry-Serge RENOUX, Audrey SENATORE, V^o « Droit au juge », *Dictionnaire des droits de l'homme*, Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Marguénaud, Stéphane Rials, Frédéric Sudre (dir.), PUF, 1^{ère} éd., 2008, réimp., 2012, pp. 305-313, spéc. p. 312.

non seulement virtuelle ou purement juridique — qu’une fois exécuté »²⁵¹¹. Ainsi, le droit de l’Union s’inscrit dans la lignée de la jurisprudence *Hornsby* de la Cour européenne des droits de l’homme²⁵¹² qui lie, sur le fondement de l’article 6 § 1 de la Convention, le droit d’accès à un tribunal, le droit à un procès équitable et le droit à l’exécution des décisions – droit étendu dans l’Union européenne aux situations transfrontières. L’acception de l’accès à la justice à laquelle se réfère l’article 67 § 4 TFUE paraît donc être particulièrement large. Dans la continuité du droit européen des droits de l’homme, et comme le résument certains auteurs, il semble que « [d]u droit d’accès à la Justice découle le droit au juge, le droit au recours juridictionnel et [...] le droit "du" juge, dans sa triple fonction d’interprète du droit, de garant des libertés et de protecteur des droits fondamentaux »²⁵¹³, le droit *au juge* s’entendant d’un droit d’accès au tribunal et du droit à exécution de la décision²⁵¹⁴. Ce sont donc tant les droits du demandeur que ceux du défendeur qui, de la saisine du juge à l’exécution de la décision, doivent faire l’objet d’une protection selon une telle définition de l’accès à la justice.

487. Conséquences sur la confiance mutuelle et la reconnaissance mutuelle. – Cette conception de l’accès à la justice, que le droit de l’Union européenne revendique comme étant pensée pour le justiciable, met en évidence le caractère protecteur de l’objectif à l’égard de ce dernier. La confiance mutuelle à bâtir entre les juridictions des États membres fait figure d’instrument de cette protection juridictionnelle, qu’elle doit faciliter. Il nous semble en revanche qu’elle ne peut contribuer à fragiliser les droits des justiciables. Dès lors, la confiance mutuelle et la reconnaissance mutuelle qui en découle, conçues dans ce cadre, revêtent un sens différent de celui qui leur a été attribué, en jurisprudence et dans les règlements de droit

²⁵¹¹ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le droit d’accès à la justice et au droit », in *Libertés et droits fondamentaux*, Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet (dir.), 16^{ème} éd., Dalloz, 2010, pp. 497-513, spéc. n° 641, p. 535.

²⁵¹² CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, req. n° 18357/91, point 40 : « La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle l’article 6 § 1 garantit à chacun le droit à ce qu’un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil ; il consacre de la sorte le "droit à un tribunal", dont le droit d’accès, à savoir le droit de saisir un tribunal en matière civile, constitue un aspect. Toutefois, ce droit serait illusoire si l’ordre juridique interne d’un État contractant permettait qu’une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d’une partie. En effet, on ne comprendrait pas que l’article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure — équité, publicité et célérité — accordées aux parties et qu’il ne protège pas la mise en œuvre des décisions judiciaires ; si cet article devait passer pour concerner exclusivement l’accès au juge et le déroulement de l’instance, cela risquerait de créer des situations incompatibles avec le principe de la prééminence du droit que les États contractant se sont engagés à respecter en ratifiant la Convention ».

²⁵¹³ Thierry-Serge RENOUX, Audrey SENATORE, *op. cit.*, p. 309. Ce sont les auteurs qui soulignent.

²⁵¹⁴ Certains auteurs considèrent qu’une telle définition correspond à celle du procès équitable *lato sensu* : Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, V° « Exécution des décisions de justice (Droit à l’—) », *Dictionnaire des droits de l’homme*, *op. cit.*, pp. 415-418, spéc. p. 415 ; Jean-Sylvestre BERGÉ, « Le droit à un procès équitable au sens de la coopération judiciaire en matière civile et pénale : l’hypothèse d’un rapport de mise en œuvre », in *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l’Union européenne*. Actes du colloque des 5 et 6 novembre 2010 organisé par l’Institut de droit européen des droits de l’homme de la faculté de droit et science politique de l’Université Montpellier I, Caroline Picheral (dir.), Bruxelles, Limal, Nemesi, Anthemis, 2012, pp. 249-277, spéc. n° 3, pp. 251-252.

international privé de la famille, selon une approche uniformisatrice d'un espace judiciaire européen visant à s'affranchir autant que possible de la diversité des ordres juridiques.

II. Les bénéficiaires de l'accès à la justice : circonscription du domaine de l'objectif

488. La détermination des personnes au bénéfice desquelles l'accès à la justice doit être facilité au sens de l'article 67 § 4 TFUE impose de définir les champs d'application personnel et territorial des règles relatives à la coopération judiciaire civile en matière familiale. Ces domaines ne sont pas explicitement circonscrits, mais une interprétation systémique, s'appuyant sur le contexte juridique des articles 67 et 81 TFUE, permet de mieux en tracer les contours.

489. Irréductibilité aux citoyens européens. – La circulation des personnes constitue l'un des présupposés sur lesquels repose la construction de l'espace judiciaire civil européen. C'est en effet notamment parce que l'Union européenne encourage et facilite la circulation des personnes d'un État membre à l'autre que le besoin de faciliter leur accès à la justice se fait particulièrement pressant. Pour identifier les bénéficiaires de l'accès à la justice, il convient dès lors de tenir compte des articles 20 § 2, *littera* b et 21 § 1 TFUE qui attribuent à tout citoyen européen le droit à la libre circulation et au libre séjour au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Cela n'implique cependant pas de réserver le bénéfice de l'objectif de faciliter l'accès à la justice aux seuls citoyens européens, c'est-à-dire aux seuls nationaux des États membres, qui font usage de leur liberté de circulation : comme nous l'avons établi, la coopération judiciaire en matière civile, notamment en ce qu'elle concerne les relations familiales transfrontières, n'a pas pour objectif d'assurer la libre circulation des personnes au sens des traités. Deux axes méritent donc d'être envisagés.

490. Application aux litiges transfrontières. – Il convient premièrement de prendre en compte l'ensemble des circulations organisées par le droit de l'Union, y compris celles qui ne concernent pas les citoyens européens mais les ressortissants d'États tiers, dans la mesure où l'asile, l'immigration et le contrôle des frontières extérieures font partie des politiques communes menées par l'Union²⁵¹⁵. Ainsi, c'est, nous semble-t-il, également au profit des

²⁵¹⁵ Article 67 § 2 TFUE. Voir pourtant, définissant, au sens des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des patrimoines enregistrés », la notion de « situation transfrontière » comme celle qui implique des « couples de personnes de nationalités de l'UE différentes et/ou possédant des biens dans un autre État membre de l'UE », Conseil de l'Union européenne, Communiqué de presse « Dix-huit pays conviennent de clarifier les règles sur les régimes patrimoniaux des couples internationaux », 9 juin 2016, [en ligne], consulté le 10 décembre 2019. URL : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/06/09/property-regimes-for-international-couples/>. S'agissant d'un communiqué de presse, le document ne dispose d'aucune valeur juridique ; il est cependant intéressant de noter la confusion qui règne dans l'esprit de ceux qui engagent les États membres et au sein des institutions européennes, étant donné que rien, dans les règlements ne permet de réduire leur application à ces situations.

personnes qui ne sont pas des citoyens européens mais qui ont leur domicile ou leur résidence habituelle sur le territoire d'un État membre que doit être facilité l'accès à la justice.

Au-delà du droit primaire, le droit de l'Union fournit quelques éléments qui permettent de conclure en ce sens. Le règlement « Justice », bien que manquant de rigueur dans la caractérisation des bénéficiaires de l'accès à la justice, laisse envisager largement cette catégorie, lorsqu'il inclut parmi les objectifs spécifiques du programme le fait de « faciliter l'accès à la justice *pour tous* »²⁵¹⁶ ou appelle à une « sensibilisation du *public* aux droits qui [...] découlent »²⁵¹⁷ du droit de l'Union européenne. Le choix des rédacteurs du règlement de ne pas recourir aux termes « citoyen européen » indique que le texte n'entend pas réduire le bénéfice de l'accès à la justice à cette seule catégorie. La directive relative à l'aide judiciaire et visant à améliorer l'accès à la justice²⁵¹⁸ permet également de retenir une telle conception souple²⁵¹⁹ *ratione personae* et oriente, par ailleurs, vers des critères d'applicabilité *ratione loci*. Le treizième considérant de ce texte affirme en effet que « *[t]ous les citoyens de l'Union, où que soit situé leur domicile ou leur résidence habituelle sur le territoire d'un État membre, doivent pouvoir prétendre au bénéfice de l'aide judiciaire dans les litiges transfrontaliers (sic) s'ils remplissent les conditions prévues par la présente directive. Il en va de même pour les ressortissants de pays tiers qui ont leur résidence habituelle et sont en situation régulière de séjour sur le territoire d'un État membre* »²⁵²⁰. L'article 2 § 1 simplifie l'expression de cette déclaration préliminaire en définissant le « litige transfrontalier ». Selon ses termes, ce dernier s'entend de « tout litige dans lequel la partie qui présente une demande d'aide judiciaire au titre de la présente directive a *son domicile ou sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État du for ou que l'État dans lequel la décision doit être exécutée* »²⁵²¹. C'est donc principalement en terme territorial que la distinction est effectuée, et l'indifférence à cet égard de la nationalité de la partie qui prétend au bénéfice de l'aide judiciaire est réitérée à l'article 4 relatif à la non-discrimination : « [l]es États membres accordent le bénéfice de l'aide judiciaire, sans discrimination, aux citoyens de l'Union et aux ressortissants de pays tiers en situation régulière de séjour dans l'un des États membres ».

²⁵¹⁶ Article 4 § 1, *littera c* du règlement « Justice ». C'est nous qui soulignons.

²⁵¹⁷ Article 2 § 2 du règlement « Justice » (c'est nous qui soulignons). Voir également article 4 § 2, *littera a* du même règlement.

²⁵¹⁸ Directive 2002/8/CE, précitée.

²⁵¹⁹ Voir en ce sens Fabien MARCHADIER, « Charte des droits fondamentaux et droit international privé – Aspects procéduraux », in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bertrand Favreau (dir.), Bruxelles, Bruylant 2010, pp. 81-100, spéc. p. 87. Voir également Frédérique FERRAND, *op. cit.*, p. 1096.

²⁵²⁰ C'est nous qui soulignons.

²⁵²¹ C'est nous qui soulignons. L'emploi du terme « transfrontalier » nous paraît impropre au vu de cette définition, les États membres concernés n'ayant pas à être limitrophes. L'adjectif « transfrontière », utilisé dans d'autres textes, nous semble mieux convenir aux situations visées.

491. Conséquences sur la détermination des bénéficiaires en matière familiale. –

Plusieurs enseignements nous paraissent pouvoir être tirés de cette approche s'agissant de l'accès à la justice en matière familiale.

492. Il semble possible d'écarter d'emblée de notre analyse la condition relative à la régularité du séjour, sans la transposer de manière générale de l'aide judiciaire à l'accès à la justice. Cette condition, énoncée par la directive relative à l'aide judiciaire, peut en effet se justifier dans ce cadre compte tenu à la fois de la dépense que la directive impose aux États d'engager, et du fait que cette dernière prescrit un standard de protection minimum que les États sont libres de dépasser²⁵²². Une restriction si importante s'avère cependant disproportionnée s'agissant de l'accès plus global à la justice.

493. Ensuite, il nous semble devoir tenir compte du fait que la directive complète les règlements « Bruxelles I » et désormais « Bruxelles I bis » pour observer que la définition de son domaine territorial, reposant sur la localisation géographique des parties, est cohérente avec celle de ces textes, tout en l'élargissant par l'ajout du critère de la résidence habituelle. Elle correspond à la définition retenue en droit de l'Union d'un litige transfrontalier *intracommunautaire* en matière civile et commerciale²⁵²³. Une telle circonscription des litiges s'explique historiquement par la condition fixée par l'article 65 TCE selon laquelle l'adoption de mesures en matière de coopération judiciaire en matière civile était subordonnée aux nécessités du bon fonctionnement du marché intérieur. Aussi, la disparition de cette condition à l'article 81 TFUE a pu sembler, de façon contestable, autoriser l'adoption de règles de conflit à caractère universel²⁵²⁴. La question se pose dès lors de savoir si l'accès à la justice se définit dans un cadre intracommunautaire ou intra-européen, ou si une telle délimitation est aujourd'hui obsolète.

Pour y répondre, l'étude du droit dérivé positif n'apparaît pas d'un grand secours, tant il traduit les hésitations qui animent le législateur européen. Ainsi, il est intéressant de noter à cet

²⁵²² À titre d'exemple, le droit français prévoit plusieurs exceptions aux conditions de résidence habituelle et de régularité du séjour des étrangers aux fins d'admission au bénéfice de l'aide juridictionnelle. L'article 3 § 3 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique dispose ainsi que « l'aide juridictionnelle peut être accordée à titre exceptionnel aux personnes ne remplissant pas les conditions fixées [...], lorsque leur situation apparaît particulièrement digne d'intérêt au regard de l'objet du litige ou des charges prévisibles du procès ». Sont ainsi dispensées de remplir cette conditions, d'une part, les personnes qui demandent l'asile et résident habituellement en France lorsqu'elles forment un recours devant la Cour nationale du droit d'asile (article 3 § 5 de la loi), et, d'autre part, les personnes étrangères qui ne disposent pas d'une résidence en France dans diverses circonstances, notamment à raison de leur minorité, de leur statut dans le cadre d'un procès pénal, du bénéfice d'une ordonnance de protection en tant que victime de violences conjugales en vertu de l'article 515-9 du Code civil ou lorsqu'elles font l'objet de certaines procédures prévues par le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

²⁵²³ Sur cette définition et pour une critique du critère du domicile, voir notamment Étienne PATAUT, « Qu'est-ce qu'un litige "intracommunautaire" ? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, pp. 365-385.

²⁵²⁴ Voir notamment sur ce point Isabelle BARRIÈRE BROUSSE, *op. cit.*, n° 5, p. 11.

égard qu'en matière civile et commerciale, la refonte du règlement « Bruxelles I » n'a pas constitué l'occasion de supprimer le critère d'applicabilité *ratione loci* du texte ; l'article 6 § 1 du règlement « Bruxelles I bis » perpétue donc la condition de localisation du domicile du défendeur sur le territoire d'un État membre qui seule, en dehors des exceptions énoncées par l'article, emporte l'application du règlement. Les règlements adoptés en matière familiale, en revanche, n'ont jamais, pas même avant l'adoption du traité de Lisbonne, fait l'objet d'une telle restriction. C'est donc d'une réflexion plus large sur la signification de l'espace judiciaire européen qu'une réponse nous semble pouvoir émerger.

Comme nous l'avons énoncé, la construction de l'espace judiciaire européen répond, dans les traités, aux besoins nés de la construction d'un espace au sein duquel la libre circulation est assurée, et est fondée sur le respect de la diversité des ordres juridiques des États membres ; mais c'est l'accès à la justice, et non la libre circulation des personnes, qui constitue son horizon. La coopération judiciaire en matière civile nous semble donc devoir être envisagée en elle-même, en ce qu'elle ne concerne que les juridictions des États membres. Ces éléments, de même que le principe de subsidiarité énoncé à l'article 5 § 3 TUE, incitent à trancher dans le sens d'une restriction de la régulation de l'accès à la justice au seul cadre intra-européen²⁵²⁵. Aussi, il est permis de considérer que la *logique* de définition des litiges intra-européens qui a prévalu en matière civile et commerciale doit être suivie *mutatis mutandis* en matière familiale, étant donné que l'article 81 § 3 TFUE limite de la même manière aux seuls litiges transfrontières l'adoption de mesures en la matière. En revanche, la *méthode* mise en œuvre afin de procéder à une telle détermination nous paraît mériter réflexion. L'arbitraire qui préside à la détermination d'un *élément d'extranéité* a déjà été souligné en droit international privé²⁵²⁶, et les difficultés de l'entreprise n'ont pas échappé aux commentateurs du règlement « Bruxelles I »²⁵²⁷. Au contraire, l'organisation d'une coopération judiciaire entre les ordres juridiques des États membres nous paraît pouvoir bénéficier de la mise en œuvre d'une logique d'« *implication* de deux ou de plusieurs ordres juridiques »²⁵²⁸ intégrés à l'Union européenne. En particulier, c'est l'implication potentielle de deux ordres juridiques intégrés différents au stade de l'instance directe, ou au stade de l'instance directe et à celui de l'instance indirecte, qui nous paraît devoir être prise en compte. La définition d'un unique critère d'applicabilité ne paraît donc pas adéquate.

²⁵²⁵ Voir en ce sens Étienne PATAUT, *op. cit.*, pp. 368-369.

²⁵²⁶ Voir *supra*, n° 6, et *infra*, n° 549. Sur ce point, voir également Pierre MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. 327, 2003, pp. 1-378, spéc. n° 63, p. 80.

²⁵²⁷ Voir notamment Étienne PATAUT, *op. cit.*, pp. 369-379.

²⁵²⁸ Pierre MAYER, *op. cit.*, n° 65, p. 81. C'est nous qui soulignons.

494. Par ailleurs, l'implication des ordres juridiques n'étant pas déterminée, dans chaque matière, par les mêmes critères, la définition des litiges intra-européens est conduite à varier en fonction de la matière concernée. Il convient donc de déterminer ce qu'est un litige transfrontière intra-européen *en matière familiale*, ce qui conduit au second axe à prendre en compte, qui réside dans le *dépassement* des seules considérations relatives à la circulation des personnes au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, du fait de la particularité de la matière. En effet, si, en droit de l'Union européenne, le rattachement à la nationalité a accusé un net recul²⁵²⁹, il revêt une importance certaine dans les traditions juridiques de certains États membres en matière de statut personnel²⁵³⁰. Les règlements européens eux-mêmes ont d'ailleurs dû en tenir compte, même de manière marginale²⁵³¹. Or, la *coordination* judiciaire des autorités des États membres n'est pas nécessaire que dans les cas de circulation au sein de l'espace européen, mais dès lors que les autorités de deux États membres différents, en tant que « rouages »²⁵³² de ces ordres juridiques, sont concernées. Cela peut donc être le cas de deux ressortissants d'États membres différents qui résident habituellement ou ont leur domicile dans un État tiers, et n'ont donc pas fait usage de leur liberté de circulation et de séjour au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Dans un tel cas, la probabilité est élevée que les parties tentent chacune de saisir les tribunaux de l'État membre de leur nationalité ou qu'une décision soit rendue dans l'un de ces États membres et nécessite d'être reconnue dans l'autre. Un tel cas mérite selon nous d'intégrer le champ de la coopération judiciaire civile en matière familiale, dès lors qu'il exige concrètement une coopération entre les juridictions de deux États membres dans un litige en matière familiale.

²⁵²⁹ Sur la position subsidiaire occupée par le rattachement à la nationalité dans les règlements de droit international privé de la famille, voir *supra*, n^{os} 250-263.

²⁵³⁰ Sur l'importance de la nationalité dans la construction du statut personnel, voir *supra*, n^{os} 48-50, 141-144.

²⁵³¹ Pour bref rappel, on relèvera ainsi que la *nationalité commune* des époux constitue ainsi l'un des critères alternatifs de compétence internationale en matière de divorce dans les règlements « Bruxelles II » (article 2 § 1, *littera* b), « Bruxelles II bis » (article 3 § 1, *littera* b) et jusqu'au dernier règlement « Bruxelles II ter » (article 3, *littera* b), l'un des critères objectifs en cascade du conflit de lois dans le règlement « Rome III », ou l'un des critères d'une règle de conflit matérielle dans le protocole de La Haye (article 4 § 4), tandis que la *nationalité de l'une parties* constitue dans d'autres règlements, en matière de compétence internationale ou de conflit de lois, un critère sur lequel peut se porter le choix des parties (en matière de conflit de lois, l'article 5 § 1, *littera* c du règlement « Rome III » ou l'article 8 § 1, *littera* a du protocole de La Haye ; en matière de compétence internationale, l'article 4 § 1, *littera* b du règlement « Aliments »), et que la *nationalité du défunt* est également amenée à jouer un rôle en cas de choix en sa faveur, aussi bien en matière de compétence internationale que de loi applicable (respectivement, articles 5 et 22 du règlement « Successions »). Mais la manifestation la plus éclatante de l'attrait que conserve la nationalité en matière familiale même dans les domaines couverts par les règlements européens réside dans le maintien des compétences exorbitantes en matière de divorce, étendues aux ressortissants des États membres qui résident habituellement dans l'État concerné (articles 8 § 2 du règlement « Bruxelles II », 7 § 2 du règlement « Bruxelles II bis » et 6 § 3 du règlement « Bruxelles II ter »), qui permettent au demandeur ou au défendeur dans certains États, comme la France sur le fondement des articles 14 et 15 du Code civil, de saisir une juridiction de son État national.

²⁵³² Pierre MAYER, *op. cit.*, *loc. cit.*

495. Conclusion du paragraphe. – En définitive, des mesures méritent d’être adoptées dans le champ de la coopération judiciaire civile en matière familiale dès lors que deux de ces éléments au moins se réalisent dans deux États membres différents : la nationalité de l’une ou l’autre des parties, la résidence habituelle de l’une ou l’autre des parties, et enfin le domicile de l’une ou l’autre des parties. Ce sont dans ces situations que les traités chargent l’Union européenne de faciliter l’accès à la justice. Restent à en déterminer les modalités.

496. Conclusion de la Section. – Transition. – L’identification de l’accès à la justice comme objectif de la coopération judiciaire en matière civile et, pour ce qui intéresse cette étude, de la réglementation européenne des litiges familiaux transfrontières transforme le regard porté sur l’espace judiciaire européen et sur le sens de la justice au sein de l’Union. Elle conduit à se défaire de la vision d’une organisation judiciaire dont les spécificités nationales constitueraient autant d’entraves à la libre circulation des personnes qu’il conviendrait, en tant que telles, de supprimer. L’accès à la justice recentre la réflexion sur la protection, dans un litige familial transfrontière, des droits des deux parties, de l’accès à un tribunal à l’exécution de la décision, de sorte que l’espace judiciaire européen ne constitue pas un outil de la mise en œuvre d’une politique législative favorable à la libre circulation des personnes, mais un cadre, respectueux de la diversité des ordres juridiques nationaux, qui s’impose à elle. Aussi, les modalités concrètes de coopération judiciaire en matière familiale nous paraissent-elles devoir s’en trouver profondément renouvelées.

SECTION 2 : LA DÉFINITION RENOUVELÉE DE L’ACTION EUROPÉENNE EN MATIÈRE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE

497. Plan. – La mise en évidence du fondement du respect de la diversité des ordres juridiques et la redéfinition de l’objectif de la coopération judiciaire civile, notamment en matière familiale, par la substitution de l’accès à la justice à la libre circulation des personnes, imposent d’ouvrir une réflexion, *de lege ferenda*, sur le type de règles adoptées en la matière en droit de l’Union européenne. Les articles 67 § 4 et 81 TFUE se présentent en effet comme une modalité de mise en œuvre du principe pluraliste qui se dégage des traités. De ce point de vue, ce sont tout autant les règles de droit international privé de la famille relatives à l’instance directe (I) que celles qui concernent l’instance indirecte (II) qui méritent d’être pensées différemment.

I. L'organisation de la coopération judiciaire en matière familiale dans le cadre de l'instance directe

498. Plan. – Les règles relatives à la compétence internationale des tribunaux (A) comme les règles de conflit de lois (B) méritent d'être réexaminées à l'aune du respect de la diversité des ordres juridiques et de l'objectif d'accès à la justice.

A. En matière de compétence internationale des tribunaux

499. Plan. – Faciliter l'accès à la justice dans l'espace judiciaire européen suppose de permettre aux parties d'obtenir une décision de justice, qui pourra par la suite faire l'objet d'une reconnaissance et d'une exécution. À ce titre, la coopération judiciaire entre les États membres destinée à assurer la compatibilité des règles de compétence internationale paraît devoir prendre en charge deux éléments essentiels : la possibilité de saisir un juge compétent et la résolution des saisines concomitantes ou connexes. Autrement dit, c'est autant le risque de lacune (1) que le risque de cumul pouvant déboucher sur un conflit de procédures (2), risques inhérents à la détermination unilatérale de la compétence de leurs tribunaux, que les États se sont engagés à pallier.

1. La détermination résiduelle d'un forum necessitatis dans le cadre d'un litige intra-européen

500. Éviter un déni de justice européenne. – L'objectif attribué à la coopération judiciaire en matière civile appelle dans un premier temps une réflexion sur la compétence du juge ; c'est en effet d'abord l'accès à un juge compétent qui semble devoir être simplifié pour les bénéficiaires de l'accès à la justice²⁵³³. L'uniformisation des règles relatives à la compétence internationale jouit, certes, à cet égard d'une apparente commodité, mais le fondement du respect de la diversité des systèmes juridiques nationaux comme la formulation de l'article 81 § 2 TFUE nous paraissent devoir conduire à prendre en considération un moyen plus respectueux de ce cadre normatif. Le maintien des règles de compétence internationale de droit commun s'avère ainsi inévitable, selon nous, s'agissant des litiges intra-européens. Une telle solution n'équivaut cependant pas nécessairement à maintenir le *statu quo* s'agissant du contenu de ces règles. L'Union européenne peut être conduite à organiser une coopération entre les États membres afin que ceux-ci complètent leurs règles de droit commun pour qu'elles

²⁵³³ Voir, sur le lien entre l'accès à la justice et l'accès à un juge compétent, Diego FERNÁNDEZ ARROYO, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *RCADI*, vol. 323, 2006, pp. 9-260, spéc. n° 31, pp. 50-51 ; Fabien MARCHADIER, *op. cit.*, p. 91.

couvrent l'ensemble du contentieux intra-européen. Il ne s'agit pas, dans cette perspective, d'œuvrer pour que tout État membre offre un accès à une juridiction compétente à tout ressortissant européen ou à toute personne résidant habituellement ou domiciliée sur le territoire d'un État membre ; ce n'est pas à une « compétence européenne », version réduite à l'échelle régionale de la compétence universelle, qu'oblige le droit de l'Union. Une telle compétence pourrait même se révéler contraire à l'objectif de faciliter l'accès à la justice²⁵³⁴. Il incombe en revanche aux États membres d'agir ensemble afin d'assurer, dans le cas d'un contentieux intra-européen tel que défini précédemment, qu'une partie qui se rattacherait à un État membre par un lien de proximité suffisant puisse saisir une juridiction compétente de cet État membre, et d'éviter ainsi un déni de justice européenne. Ce sont dès lors des situations résiduelles qui ont vocation, du moins dans un premier temps, à être appréhendées dans ce cadre.

501. Modalités de la coopération. – Quant au contenu, c'est sur la définition de ces liens de proximité, en tant que « mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres »²⁵³⁵, et non sur les règles en elles-mêmes, que nous semble devoir porter la coopération. Ces liens, s'agissant de la matière familiale, peuvent tenir à l'établissement du défendeur — son domicile ou sa résidence habituelle — ou à la nationalité de l'une ou l'autre des parties. Il est en effet permis de considérer que, *dans un litige intra-européen*, la coopération judiciaire peut avoir pour but d'assurer qu'un justiciable, ressortissant d'un État membre ou établi sur le territoire d'un tel État, ou qui agit contre une personne qui réside habituellement ou est domiciliée sur le territoire de cet État membre ou en est le ressortissant, puisse compétemment saisir une juridiction de cet État membre lorsque aucune juridiction d'un autre État membre de l'Union n'est compétente.

Quant à la méthode, celle-ci peut revêtir des formes diverses. Quelle que soit celle qui est mise en œuvre, il convient de prendre en compte le fait qu'une majeure partie de ces cas est *déjà* couverte par les règles de compétence internationale de droit commun des États membres, issues, dans la plupart d'entre eux, de l'internationalisation des règles de compétence territoriale interne²⁵³⁶. En effet, si ces règles constituent souvent une dérogation à la règle générale *actor sequitur forum rei* en retenant un critère commun aux parties afin de tenir compte du caractère

²⁵³⁴ Voir en ce sens, considérant qu'au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'opinion doctrinale pourrait prospérer selon laquelle « l'article 6 § 1 pourrait obliger les États à limiter la compétence internationale de leurs juridictions afin d'éviter que le droit d'accès à la justice du défendeur ne soit bafoué, en particulier lorsque la juridiction saisie est si éloignée que le défendeur se trouve dans l'impossibilité de comparaître ou de se défendre dans des conditions satisfaisantes », Laurence USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008, xvi-567 p., spéc. n° 58, p. 67, et les auteurs cités en note de bas de page.

²⁵³⁵ Article 81 § 1 TFUE.

²⁵³⁶ Sur ce constat concernant les pays membres de l'Union européenne, voir Vincent HEUZÉ, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *RCDIP*, 2000, pp. 595-639, spéc. n° 41, p. 628.

fondièrement interindividuel des questions en matière familiale, elles font également preuve d'un pragmatisme bienvenu en prenant en compte la défaillance potentielle du rattachement à laquelle peut conduire la mise en œuvre de la règle de principe²⁵³⁷. À ce titre, elles mettent communément en œuvre des rattachements en cascade²⁵³⁸, admettant que le critère territorial généralement retenu puisse ne pas se concrétiser au même endroit pour les deux parties. Ces rattachements, qui sont souvent des déclinaisons du rattachement à la résidence habituelle, peuvent ainsi concerner successivement, voire alternativement, le défendeur et le demandeur. La réticence à ouvrir un *forum actoris* peut en effet laisser place à l'idée de faveur au demandeur partie faible, comme cela peut être le cas, en matière familiale, du créancier d'aliments²⁵³⁹, sans que cela ne suscite de contestation. Mais au-delà de la variation qui peut affecter un même critère de rattachement, la plupart des droits nationaux prévoient également des règles qui consacrent un rattachement différent du rattachement de principe : la résidence habituelle qui ne se concrétise pas dans l'État concerné peut ainsi faire place au domicile ou à la nationalité, commune ou de l'une ou l'autre partie.

502. Cas particulier du rattachement à la nationalité. – Les règles qui adoptent un rattachement à la nationalité de l'une des parties sont en général considérées comme exorbitantes et, à ce titre, contestées. Mais en matière familiale, les critères du domicile et de la nationalité de l'une ou l'autre partie ne paraissent pas passibles de la même critique en illégitimité qu'en matière patrimoniale. Si la compétence juridictionnelle internationale se fonde sur le principe de proximité et exige un lien « raisonnable »²⁵⁴⁰ entre le for et le litige, la nationalité de l'une ou l'autre des parties ne peut être considérée, en matière familiale, comme dépourvue de liens avec le litige²⁵⁴¹. Elle constitue au contraire un lien de proximité entre le for

²⁵³⁷ Pour une analyse, au sujet de la théorie des lois de police, de l'usage du pragmatisme en droit, selon laquelle celui-ci s'écarterait « du pragmatisme au sens philosophique du terme, qui correspond en vérité à la démarche la plus classique des juristes puisqu'il impose de prendre en compte, lors du choix des solutions, l'ensemble des conséquences pratiques d'un raisonnement logique, auquel il n'est donc pas question de renoncer », pour « déduire le sens des règles de droit des seuls besoins du monde réel, tels qu'ils sont simplement postulés, et donc de récuser toute approche logique », voir Vincent HEUZÉ, « Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police », *RCDIP*, 2020, pp. 31-60, spéc. note 2, p. 32.

²⁵³⁸ Voir, pour un aperçu des règles de compétence territoriale interne en vigueur dans les États membres, le site internet du portail européen e-Justice, consulté le 2 janvier 2020. URL : https://beta.e-justice.europa.eu/85/FR/which_country_s_court_is_responsible?clang=fr.

²⁵³⁹ Georges A. L. DROZ, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *Trav. com. fr. DIP*, 1993-1994, pp. 97-121, spéc. p. 106.

²⁵⁴⁰ Sur cette notion, voir Laurence USUNIER, *op. cit.*, n°s 26-33, pp. 44-50 ; Diego FERNÁNDEZ ARROYO, *op. cit.*, n° 23, p. 42.

²⁵⁴¹ Voir sur ce point Bernard AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général », *RCADI*, vol. 305, 2003, pp. 9-487, spéc. n° 412, p. 403 ; Christelle CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, t. II, pp. 353-753, spéc. n° 396, p. 365 ; Georges A. L. DROZ, *op. cit.*, *loc. cit.* ; du même auteur, « Réflexions pour une réforme des articles 14 et 15 du Code civil français », *RCDIP*, 1975, pp. 1-23, spéc. pp. 5-7. Voir également, désignant la nationalité comme un critère « exorbitant [...] hors statut personnel », Hélène GAUDEMET-TALLON, « La compétence judiciaire internationale directe à l'aube du XXI^{ème} siècle », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, pp. 123-148, spéc. n° 160, p. 141. C'est nous qui soulignons.

et les parties. Comme le souligne Bernard Audit, la nationalité du défendeur revêt un faible intérêt pratique²⁵⁴² — elle n'interviendrait ainsi qu'à titre extrêmement subsidiaire —, tandis que la nationalité du demandeur peut se justifier, y compris si elle devait mener à l'application de la loi personnelle du demandeur, ce qui, en matière familiale, n'apparaît « pas choquant »²⁵⁴³. Aussi, la caractérisation d'un lien de proximité avec le for par la nationalité de l'une des parties, répandue en droit comparé²⁵⁴⁴, semble également admise en droit européen.

Une décision de la Commission européenne des droits de l'homme revêt un intérêt tout particulier, s'agissant de la justification relative de la nationalité du demandeur et de la nationalité du défendeur comme critères de compétence internationale en matière familiale. Le requérant, de nationalité grecque, comme sa fille, contestait en l'espèce la compétence des juridictions britanniques de la nationalité de son épouse et de la résidence de cette dernière et de leur enfant, qui avaient été saisies du divorce et d'une demande relative à la garde de l'enfant. La Commission européenne des droits de l'homme a considéré qu'il existait en l'espèce un « lien suffisant pour fonder la compétence des tribunaux britanniques selon les principes généraux du droit international »²⁵⁴⁵. Pour autant, elle ne conteste pas la pertinence éventuelle de la nationalité du défendeur, le requérant ayant expressément invoqué le fait que le litige ne pouvait être soumis qu'aux juges grecs en tant que juges nationaux de ce dernier et de son enfant. La Commission affirme simplement que l'article 6 § 1 ne confère pas le droit de sélectionner le tribunal auquel le litige sera soumis. Dès lors, les règles de compétence internationale fondées sur la nationalité de l'une ou l'autre des parties apparaissent moins comme l'expression d'un pouvoir naturel du juge national sur ses nationaux, que comme celle d'un lien de significatif incontournable en matière familiale.

En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, il est remarquable que les règlements adoptés en matière familiale aient tous réservé une place à la nationalité de l'une ou l'autre des parties en matière de compétence internationale des juridictions²⁵⁴⁶. En particulier, il n'est pas indifférent que, contrairement aux règlements « Bruxelles I » et « Bruxelles I bis »²⁵⁴⁷, les

²⁵⁴² Bernard AUDIT, *op. cit.*, n° 408, pp. 399-400. Voir également Georges A. L. DROZ, « Réflexions pour une réforme des articles 14 et 15 du Code civil français », *op. cit.*, pp. 6-7.

²⁵⁴³ Bernard AUDIT, *op. cit.*, n° 412, p. 403.

²⁵⁴⁴ Voir sur ce point Hélène GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n° 152, pp. 130-131.

²⁵⁴⁵ Commission européenne des droits de l'homme, 13 mai 1976, req. n° 6200/73, *Digest of Strasbourg. Case-law relating to the European Convention on Human Rights*, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 1984, vol. 2, p. 269 : « one must recognise in the present case that the fact that the applicant's daughter lives with her mother in the United Kingdom, added to her mother's British nationality constitutes for the jurisdiction of the British courts a sufficient link according to general principles of international law » (traduction libre). Voir sur cette décision Fabien MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2007, xxi-728 p., spéc. n° 133, pp. 187-188 ; Laurence USUNIER, *op. cit.*, n° 58, pp. 67-68.

²⁵⁴⁶ Sur la survivance du rattachement à la nationalité dans les règlements européens en matière familiale, voir *supra*, n°s 250-263.

²⁵⁴⁷ Articles 3 § 2 du règlement « Bruxelles I » et 5 § 2 du règlement « Bruxelles I bis ».

règlements « Bruxelles II », « Bruxelles II *bis* » et « Bruxelles II *ter* »²⁵⁴⁸ n'aient pas exclu de manière absolue la possibilité de fonder la compétence des juridictions des États membres sur une règle exorbitante, notamment lorsqu'elle repose sur la nationalité du demandeur. Une telle règle ne peut certes jouer qu'à l'encontre d'un défendeur qui n'a pas sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre et n'a la nationalité d'aucun État membre, mais son bénéfice, dépassant le seul national de l'État membre concerné, est étendu aux ressortissants des États membres qui ont leur résidence habituelle sur le territoire d'un autre État membre.

En tout état de cause, le rattachement à la nationalité revêt en général, lorsqu'il existe, un rang subsidiaire, comme c'est le cas des articles 14 et 15 du Code civil français depuis l'arrêt *Société Cognac and Brandies from France* de la Cour de cassation²⁵⁴⁹. Au sujet de l'article 14 du Code civil, il a certes pu être dit que ce caractère subsidiaire « met en relief le vice qui [l']affecte [...], en réservant son invocation aux litiges ne présentant aucun lien avec l'ordre juridique français en dehors de la nationalité du demandeur »²⁵⁵⁰ ; mais en matière familiale, ce lien constitué par la nationalité, du fait de sa signification dans la construction de l'identité de la personne²⁵⁵¹, nous paraît constituer un lien suffisant pour justifier la compétence d'une juridiction.

503. Définition d'un *forum necessitatis* et exclusion des fors réellement exorbitants. –

Ce n'est dès lors que dans des cas très subsidiaires que les États membres devront prévoir, dans le cadre de leur coopération, une compétence résiduelle, pour assurer aux bénéficiaires de l'accès à la justice de pouvoir saisir une juridiction compétente en cas de litige intra-européen. Le lien entre la compétence internationale des juridictions des États membres et l'objectif d'accès à la justice incite ainsi à définir, pour les litiges intra-européens, un *forum necessitatis* fondé sur la nationalité d'un État membre, le domicile ou la résidence habituelle sur le territoire d'un État membre de l'une ou l'autre des parties. Une telle action nous semble par ailleurs de nature à justifier, sur le fondement du principe de coopération loyale, d'envisager l'exclusion des fors réellement exorbitants qui n'entretiennent pas un lien assez étroit avec le litige. Ces règles ont été répertoriées lors de la rédaction de la convention de Bruxelles et comprennent celles qui fondent la compétence « sur le fait que la citation a été signifiée au défendeur sur le territoire du pays, alors qu'il s'y trouvait provisoirement [...], sur la saisie de biens patrimoniaux à l'intérieur du pays [...], sur l'existence de biens patrimoniaux du défendeur à l'intérieur du

²⁵⁴⁸ Articles 8 § 2 du règlement « Bruxelles II », 7 § 2 du règlement « Bruxelles II *bis* » et 6 § 3 du règlement « Bruxelles II *ter* ».

²⁵⁴⁹ Civ. 1, 19 novembre 1985, *Société Cognac and Brandies from France*, n° 84-16.001, *Bull. civ. I*, n° 306 ; *RCDIP*, 1986, p. 912, note Y. LEQUETTE ; *JDI*, 1986, p. 719, note A. HUET.

²⁵⁵⁰ Laurence USUNIER, *op. cit.*, n° 27, pp. 44-45.

²⁵⁵¹ Sur l'importance de la nationalité dans la construction de l'identité de la personne et dans la définition de son état personnel et familial, voir *supra*, n°s 48-50, 141-144.

pays [...] ou sur d'autres types de traitements défavorables des étrangers »²⁵⁵². L'exclusion de ces critères, définis au sujet de la matière civile et commerciale, nous semble également justifiée en matière familiale en présence d'un litige intra-européen.

2. La gestion des cas de compétences concurrentes

504. Plan. – Les cas de compétences concurrentes méritent de faire l'objet d'une coopération judiciaire, d'une part, en amont, au stade de la définition des critères de compétence internationale (a), et, d'autre part, en aval, s'agissant de la résolution des conflits de procédures (b).

a. La compétence fondée sur la connexité d'une demande à la demande principale

505. Le même souci d'œuvrer en faveur d'une bonne administration de la justice qui anime, *de lege lata*, les règles, précédemment analysées²⁵⁵³, relatives au regroupement des questions liées ou connexes devant une même juridiction d'un État membre, est digne d'intérêt, *de lege ferenda*, dans un espace judiciaire européen respectueux de la diversité des ordres juridiques nationaux et au service de l'objectif d'accès à la justice.

Ces règles, afférentes au regroupement du contentieux, peuvent se présenter sous deux formes différentes : il peut s'agir soit de règles de compétence qui, pour tout critère, procèdent au renvoi à la juridiction saisie d'une demande principale dont la demande concernée par la règle serait l'accessoire²⁵⁵⁴, soit de règles spéciales de compétences dérivées ou d'un principe général de compétence fondée sur la connexité à la demande principale. Dans le cadre d'un espace judiciaire européen tel que nous l'avons défini dans le présent chapitre, ces règles ne paraissent pas pouvoir faire l'objet d'un traitement différent de celui qui est accordé aux autres règles relatives à la compétence internationale des juridictions des États membres. Ainsi, la coopération judiciaire en matière familiale ne semble pas pouvoir conduire à leur uniformisation, pas plus qu'à leur conférer, si le droit national ne le fait pas, un caractère facultatif pour le juge qui constaterait que le litige entretient des liens plus étroits avec une juridiction d'un autre État membre.

²⁵⁵² Conseil, Rapport des professeurs D. Evrigenis et K. D. Kerameus relatif à l'adhésion de la République hellénique à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE, n° C 298/1, 24 novembre 1986, spéc. n° 43, p. 12.

²⁵⁵³ Voir *supra*, n°s 196-208.

²⁵⁵⁴ À l'image des règles adoptées en droit de l'Union en matière d'obligations alimentaires, d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ou de régimes matrimoniaux sur lesquelles voir *supra*, n°s 200-203.

b. La résolution des conflits de procédures et de décisions

506. Les besoins de la coopération judiciaire, concernant l'organisation de la compétence internationale des juridictions, se font en revanche plus pressants s'agissant des conflits de procédures et de décisions²⁵⁵⁵.

507. Typologie des conflits de procédures. – Les conflits de procédures *lato sensu* peuvent se présenter sous trois aspects différents. Ils peuvent tout d'abord correspondre à des conflits de procédures pendantes, qui ont pu être définis comme des « procédures étatiques concurrentes qui présentent un degré d'identité tel qu'en l'absence de sursis à statuer ou de dessaisissement de l'une des juridictions saisies, chaque tribunal prononcera un jugement susceptible de contredire la décision rendue au terme de l'autre procédure »²⁵⁵⁶. De tels conflits de procédures pendantes sont en eux-mêmes un inconvénient majeur du point de vue de l'accès à la justice en ce qu'ils « dilapident [...] inutilement les ressources souvent limitées des plaideurs et des États »²⁵⁵⁷. Un deuxième type de conflits de procédures peut surgir entre une décision étrangère et une procédure nationale en cours, qui a pu être initiée avant ou après que le jugement étranger a été rendu, *i.e.* « entre une procédure achevée et une procédure en cours »²⁵⁵⁸. En l'absence de coordination entre les juridictions concernées, ces conflits peuvent finalement se muer en un troisième type de conflits de procédures *lato sensu* : les conflits de décisions ou « conflits de procédures achevées »²⁵⁵⁹. Ces conflits sont directement susceptibles de provoquer une impossibilité de faire reconnaître et exécuter dans un État membre l'une ou l'autre des décisions rendues dans un autre État membre²⁵⁶⁰.

508. Nécessité d'une coordination de la compétence directe et de la compétence indirecte. – La menace que ces conflits font peser sur l'accès à la justice ressuscite, dans leur domaine, le lien d'interdépendance entre la compétence directe et la compétence indirecte²⁵⁶¹, qui justifie que soit menée, dans l'espace judiciaire européen, une action au stade de l'articulation des compétences pour conjurer la survenance d'un conflit de décisions et garantir une harmonie « européenne » des solutions²⁵⁶². Ce lien nous paraît devoir occuper une place

²⁵⁵⁵ Sur le phénomène général en droit international privé, voir notamment Véronique MOISSINAC MASSÉNAT, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, LGDJ, 2007, x-336 p. ; Laurence USUNIER, *op. cit.*, n^{os} 437-509, pp. 374-435.

²⁵⁵⁶ Véronique MOISSINAC MASSÉNAT, *op. cit.*, n^o 5, p. 3.

²⁵⁵⁷ Laurence USUNIER, *op. cit.*, n^o 465, p. 398.

²⁵⁵⁸ Marie-Laure NIBOYET, « Les conflits de procédures », *Trav. com. fr. DIP*, 1995-1996, pp. 71-95, spéc. p. 71.

²⁵⁵⁹ *Ibid.*

²⁵⁶⁰ Véronique MOISSINAC MASSÉNAT, *op. cit.*, n^o 9, p. 6.

²⁵⁶¹ *Op. cit.*, n^o 13, p. 8.

²⁵⁶² Voir en ce sens Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *Droit international privé*, LGDJ, Lextenso éditions, 12^{ème} éd., 2019, 790 p., spéc. n^o 452, p. 312 : « Mieux vaut empêcher le conflit de décisions de naître que de chercher à le résoudre. En présence d'un conflit entre deux décisions déjà prononcées, on peut déterminer un critère pour choisir entre elles, mais on ne peut les faire disparaître : il en résulte un manque regrettable, voire désastreux, d'harmonie internationale des solutions ».

centrale dans la recherche de remèdes à apporter à ces difficultés dans le cadre de la coopération judiciaire. Certes, les conflits de procédures, loin d'être « une pathologie marginale des relations internationales, [...] sont la résultante normale de l'inévitable vocation concurrente des tribunaux à connaître de mêmes litiges »²⁵⁶³. Mais la constitution d'un espace de liberté, de sécurité et de justice est propice à leur multiplication, à la faveur d'une libre circulation des personnes qui facilite soit la concrétisation dans des États différents de critères de compétence internationale différents, soit l'instrumentalisation ou la concurrence entre systèmes juridiques européens²⁵⁶⁴. S'il en résulte deux décisions inconciliables ou incohérentes, c'est l'accès à la justice en tant qu'il est principalement fondé sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires qui est compromis. La construction de l'espace judiciaire européen met ainsi tout particulièrement en évidence les liens des conflits de procédures avec le *forum shopping* en amont et les conflits de décisions en aval. Cet espace pourrait donc bénéficier d'une action concertée visant sinon à faire disparaître, du moins à considérablement réduire leurs manifestations.

509. Une coordination actuellement limitée : les failles de la conception civiliste adoptée par l'Union européenne – La mise en œuvre d'une coopération judiciaire en matière civile n'a pourtant pas permis, pour le moment, de lutter concurremment contre ces deux phénomènes. Des difficultés, auxquelles il convient de remédier, résultent notamment de la soumission des différents types de conflits à des traitements à l'efficacité inégale, et d'une négligence volontaire du phénomène de *forum shopping* en droit de l'Union européenne²⁵⁶⁵.

510. Conflits intermédiaires. – C'est en effet, premièrement, une simplicité salubre qui préside actuellement à la résolution des « conflits intermédiaires »²⁵⁶⁶ entre un jugement et une procédure²⁵⁶⁷. Suivant un principe initié par la Convention de Bruxelles²⁵⁶⁸, maintenu du premier au dernier règlement adopté en matière familiale, les jugements rendus dans un autre État membre font l'objet d'une reconnaissance *de plano*, sans qu'il soit nécessaire de distinguer entre les jugements constitutifs et les jugements en matière d'état, d'une part, et les jugements

²⁵⁶³ Marie-Laure NIBOYET, *op. cit.*, pp. 72-73.

²⁵⁶⁴ Prônant, par suite, une « approche globale du procès [et ...] une coordination internationale des procédures », voir Marie-Laure NIBOYET, « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *JDI*, 2006, pp. 937-954, spéc. p. 937.

²⁵⁶⁵ Sur l'instrumentalisation du *forum shopping* par le législateur européen et la tolérance de la Cour au phénomène, voir *supra*, n°s 216-217. Voir également, constatant, s'agissant des conflits de procédures pendantes, que « [l]e droit communautaire [...] n'est en vérité ni impuissant, ni désarmé face au problème du *forum shopping*, mais plutôt indifférent à son égard », Laurence USUNIER, *op. cit.*, n° 487, pp. 414-415.

²⁵⁶⁶ Véronique MOISSINAC MASSÉNAT, *op. cit.*, n° 6, p. 4.

²⁵⁶⁷ Il ne s'agit ici que d'analyser la solution du conflit, et non la question de la possibilité et des conditions d'examen de la régularité internationale du jugement étranger, qui ont déjà fait l'objet de développements (voir *supra*, n°s 349-355) et sur lesquels porteront certaines propositions (voir *infra*, n°s 531-533).

²⁵⁶⁸ Article 26 § 1 de la Convention de Bruxelles.

déclaratifs patrimoniaux, d'autre part²⁵⁶⁹. Ils peuvent ainsi être invoqués de manière incidente, dans le cadre d'une procédure pendante dans un État membre, pour fonder une exception de chose jugée. Il a déjà été démontré que cette solution mérite d'être la règle en droit international privé commun²⁵⁷⁰. Elle nous semble également pouvoir être adoptée dans le cadre d'une coopération judiciaire en matière familiale telle que nous l'avons définie : les mérites qui lui sont attribués en droit commun sont ici renforcés par le principe de coopération loyale²⁵⁷¹, dont l'importance est accrue dans un domaine fondé sur le principe de reconnaissance mutuelle et donc sur la confiance mutuelle entre les États membres. La nécessité de coopération judiciaire en matière de lutte contre le *forum shopping* nous paraît cependant justifier de restreindre la règle aux seuls cas de conflits entre un jugement étranger et une procédure initiée au for *après* la saisine de la juridiction étrangère qui a rendu ledit jugement ; seule une telle solution exerce un réel effet dissuasif à l'égard des plaideurs tentés de saisir une seconde juridiction d'une même demande²⁵⁷².

511. Conflits de décisions. – Le traitement du *conflit de décisions*, deuxièmement, vise à résoudre l'inconciliabilité des décisions, entendue comme « l'impossibilité d'exécuter parallèlement deux décisions d'origines étatiques différentes »²⁵⁷³, et dont les critères correspondent à ceux de la litispendance internationale²⁵⁷⁴, *i.e.* la triple identité de parties, d'objet et de cause. Il fait l'objet de principes de solutions simples, communs au droit français et au droit de l'Union. Ainsi, lorsque l'une des décisions en conflit a été rendue au for, elle l'emporte systématiquement sur la décision étrangère. Cette solution vaut que cette décision ait été rendue antérieurement — et cède ainsi, l'harmonie internationale des solutions étant en tout état de cause rompue, face à l'autorité de la décision rendue au for²⁵⁷⁵ — ou ultérieurement — et cède ainsi face au respect des droits acquis²⁵⁷⁶ — à la première²⁵⁷⁷. Une exception notable

²⁵⁶⁹ Les jugements constitutifs créent une situation juridique nouvelle, tandis que les jugements déclaratifs reconnaissent un droit préexistant (sur cette distinction, que l'on devrait, au moins en partie, à Merlin, voir notamment Paul ESMEIN, *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914, 248 p. ; Léon MAZEAUD, « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTD civ.*, 1929, pp. 17-56). Traditionnellement, en droit international privé, les jugements constitutifs ou relatifs à l'état des personnes font l'objet d'une reconnaissance de plein droit, du fait de leur portée *erga omnes* (sur cette question, voir, par exemple, Danièle ALEXANDRE, « Les effets des jugements étrangers indépendants de l'*exequatur* », *Trav. com. fr. DIP*, 1975-1977, pp. 51-80).

²⁵⁷⁰ Voir en particulier, justifiant notamment cette extension par les conséquences à tirer de la disparition du pouvoir de révision, Danièle ALEXANDRE, *op. cit.*, pp. 61-63.

²⁵⁷¹ Article 4 § 3 TUE.

²⁵⁷² Voir en ce sens Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *op. cit.*, n° 465, p. 317.

²⁵⁷³ Sophie LEMAIRE, *op. cit.*, n° 21, p. 100.

²⁵⁷⁴ Sur ce constat, voir *op. cit.*, n°s 22-24, pp. 100-101.

²⁵⁷⁵ Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *op. cit.*, n° 467, p. 318.

²⁵⁷⁶ *Ibid.*

²⁵⁷⁷ En droit français, voir Civ. 1, 15 mai 1963, *Patiño*, *RCDIP*, 1964, p. 532, note P. LAGARDE ; *Clunet*, 1963, p. 1016, note Ph. MALAURIE ; *JCP*, 1963, II, 13365, note H. MOTULSKY ; *GADIP*, n°s 38-39. En droit de l'Union, voir les *litterae c* des articles 15 § 1 du règlement « Bruxelles II », 22 du règlement « Bruxelles II bis », 38 du

a été expressément prévue en droit de l'Union au sujet des décisions rendues en matière de responsabilité parentale : la nature révisable aussi bien que la présomption de meilleure adaptation à la situation actuelle de l'enfant de la dernière décision rendue incitent à ne s'opposer qu'à la reconnaissance des décisions étrangères inconciliables avec une décision rendue *ultérieurement* dans l'État membre requis²⁵⁷⁸. Lorsque le conflit oppose, en revanche, deux décisions étrangères par rapport au for, la règle *prior tempore potior jure*, en vertu de laquelle la première décision rendue est reconnue²⁵⁷⁹, vient au soutien du respect des droits acquis²⁵⁸⁰. La même exception est prévue, *mutatis mutandis*, en matière de responsabilité parentale en droit de l'Union²⁵⁸¹.

Ces solutions méritent globalement d'être approuvées et paraissent cohérentes avec la mission de coopération judiciaire qui incombe à l'Union selon les termes que nous avons redéfinis. Une nuance, qui affecte le conflit de deux décisions étrangères au for, nous semble cependant digne d'être formulée dans l'espace judiciaire européen afin que la coordination des règles serve l'articulation entre la prévention du conflit de décisions et la lutte contre le *forum shopping*. La solution apportée à un tel conflit de décisions serait en effet autrement plus dissuasive pour les plaideurs mal intentionnés au moment de l'introduction de l'instance, si la « seconde décision », qu'il serait donc impossible de reconnaître en cas d'inconciliabilité avec la première, désignait non pas la décision *rendue en second*, mais la décision *rendue à l'issue de la procédure intentée en second lieu*²⁵⁸², sauf à ce que la juridiction première saisie l'ait été au titre d'un abus de droit²⁵⁸³. Une telle solution, certes moins mécanique, aurait l'avantage de traduire la poursuite d'un accès à la justice équilibré entre le demandeur et le défendeur et pourrait s'autoriser du principe de coopération loyale pour contribuer à renforcer la confiance mutuelle entre les juridictions des différents États membres.

512. Conflits de procédures pendantes. – Les principes de solution adoptés, troisièmement, s'agissant des *conflits de procédures pendantes* ne parviennent pas, comme l'a

règlement « Bruxelles II *ter* », 24 du règlement « Aliments », 37 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » et 40 du règlement « Successions ».

²⁵⁷⁸ Articles 15 § 2, *littera e* du règlement « Bruxelles II », 23, *littera e* du règlement « Bruxelles II *bis* », 39, *littera d* du règlement « Bruxelles II *ter* ».

²⁵⁷⁹ Pour la consécration du principe en droit français, voir Civ., 9 mai 1900, *de Wrède, S.*, 1901, 1, p. 186 ; *JDI*, 1900, p. 613 ; *GADIP*, n° 10. En droit de l'Union européenne, voir les *litterae d* des articles 15 § 1 du règlement « Bruxelles II », 22 du règlement « Bruxelles II *bis* », 38 du règlement « Bruxelles II *ter* », 24 du règlement « Aliments », 37 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », et 40 du règlement « Successions ».

²⁵⁸⁰ Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *op. cit.*, n° 468, p. 319.

²⁵⁸¹ *Litterae f* des articles 15 § 2 du règlement « Bruxelles II », 23 du règlement « Bruxelles II *bis* » et article 39 § 1, *littera e* du règlement « Bruxelles II *ter* ».

²⁵⁸² Voir en ce sens Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁵⁸³ Sur ce point, voir *infra*, n° 520.

finement montré Laurence Usunier²⁵⁸⁴, à dépasser l'opposition par trop manichéenne entre les approches civiliste, d'une part, et de *common law*, d'autre part, du conflit de procédures. Cela s'explique par l'adoption pleine et entière en droit de l'Union européenne de la conception civiliste²⁵⁸⁵ centrée sur la résolution préventive des conflits de décisions²⁵⁸⁶. Cette dimension ressort nettement des types de conflits pris en charge par les règles adoptées, qui concernent les hypothèses de litispendance²⁵⁸⁷ et de connexité²⁵⁸⁸ internationales.

513. La litispendance internationale désigne la situation dans laquelle deux juridictions d'États différents sont saisies parallèlement d'un litige *identique*. La caractérisation d'un tel litige s'opère à l'aide des critères de la triple identité de la chose jugée que sont l'identité de parties, l'identité d'objet et l'identité de cause. La raison d'être de cette exception est de prévenir l'inconciliabilité des décisions. Ainsi, hormis les règlements adoptés en matière matrimoniale et de responsabilité parentale qui, probablement en raison d'une certaine confusion entretenue en matière matrimoniale entre litispendance et connexité²⁵⁸⁹, visent des décisions inconciliables rendues dans une instance ou dans une affaire « opposant les mêmes parties »²⁵⁹⁰, les autres textes relatifs à la matière familiale appréhendent tous l'inconciliabilité de décisions rendues dans deux États autres que l'État du for au travers de l'identité de parties, d'objet et de cause²⁵⁹¹.

514. La connexité internationale, quant à elle, est moins aisée à définir. Selon la Cour de cassation, l'expression se réfère à la situation dans laquelle deux juridictions d'États membres différents sont « saisies de deux instances en cours faisant ressortir entre elles un lien de nature à créer une contrariété »²⁵⁹². En droit international privé de la famille de l'Union européenne, elle est généralement définie, dans tous les règlements adoptés en la matière, à l'exception des

²⁵⁸⁴ Laurence USUNIER, *op. cit.*, n^{os} 465-509, pp. 398-435. Sur le constat du caractère insatisfaisant des solutions produites par le recours à un seul des deux systèmes, voir également Marie-Laure NIBOYET, *op. cit.*, n^{os} 23-24, pp. 947-948, et les auteurs cités en notes de bas de page.

²⁵⁸⁵ En droit français, l'exception de litispendance internationale a été consacrée par l'arrêt Civ. 1, 26 novembre 1974, *Soc. Miniera di Fragne*, *RCDIP*, 1975, p. 491, note D. HOLLEAUX ; *Clunet*, 1975, p. 108, note A. PONSARD ; *GADIP*, n^o 54.

²⁵⁸⁶ Laurence USUNIER, *op. cit.*, n^{os} 468-476, pp. 399-406. Voir sur cet objectif, très explicitement, Hélène GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n^o 160, p. 143.

²⁵⁸⁷ Sur la litispendance internationale, voir notamment Hélène GAUDEMET-TALLON, V^o « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mars 2019, n^{os} 226-238 ; Dominique HOLLEAUX, « La litispendance internationale », *Trav. com. fr. DIP*, 1971-1973, pp. 203-230 ; Laurence USUNIER, *op. cit.*, n^{os} 470-471, pp. 400-401.

²⁵⁸⁸ Sur la connexité internationale, voir en particulier Hélène GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n^{os} 239-240 ; Sophie LEMAIRE, « La connexité internationale », *Trav. com. fr. DIP*, 2008-2010, pp. 95-124 ; Laurence USUNIER, *op. cit.*, n^{os} 471-472, pp. 401-402.

²⁵⁸⁹ Voir *infra*, n^{os} 515-516.

²⁵⁹⁰ *Litterae* c et d des articles 15 du règlement « Bruxelles II », 22 du règlement « Bruxelles II bis » et 38 du règlement « Bruxelles II ter ».

²⁵⁹¹ *Litterae* d des articles 24 du règlement « Aliments », 37 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », et 40 du règlement « Successions ».

²⁵⁹² Civ. 1, 22 juin 1999, n^o 96-22.546, *RCDIP*, 2000, p. 42, note G. CUNIBERTI. Sur cet arrêt, voir également Sophie LEMAIRE, *op. cit.*, n^{os} 10-12, pp. 97-98.

textes relatifs à la matière matrimoniale et à la responsabilité parentale, comme la situation dans laquelle « des demandes [...] pendantes devant des juridictions d'États membres différents »²⁵⁹³ sont « liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des décisions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément »²⁵⁹⁴.

515. La distinction est moins nette en matière matrimoniale et de responsabilité parentale. Dans les règlements « Bruxelles II », « Bruxelles II *bis* » et « Bruxelles II *ter* », la notion de connexité est bien plus obscure que dans les autres textes adoptés en matière familiale ; elle n'est d'ailleurs employée en tant que telle qu'au trente-huitième considérant du règlement « Bruxelles II *ter* ». Les *dispositions* de ces textes ne se réfèrent, elles, qu'à une catégorie générale intitulée « Litispendance et actions dépendantes »²⁵⁹⁵.

Parmi eux, seul le règlement « Bruxelles II » distingue litispendance et connexité en matière matrimoniale. Ainsi, l'article 11 § 1, relatif à la fois à la matière matrimoniale et à la responsabilité parentale, est consacré à la litispendance, sans la nommer mais en se référant à la triple identité de la chose jugée, tandis que l'article 11 § 2 concerne uniquement « des demandes en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage, n'ayant pas le même objet ni la même cause, [...] formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents ». Le règlement n'envisage donc pas la connexité en matière de responsabilité parentale.

Les deux règlements suivants, semblables sur ce point, ont procédé différemment de leur devancier. Ils consacrent une disposition aux « procédures en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage [...] introduites entre les mêmes parties auprès de juridictions d'États membres différents »²⁵⁹⁶, et une disposition aux « procédures relatives à la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant, ayant le même objet et la même cause, [...] introduites auprès de juridictions d'États membres différents »²⁵⁹⁷. L'indifférenciation qui ressort de la première disposition peut sans doute s'expliquer par la conception large de l'objet

²⁵⁹³ Articles 13 § 1 du règlement « Aliments » et 18 § 1 des règlements « Régimes matrimoniaux », « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » et « Successions ».

²⁵⁹⁴ Articles 13 § 3 du règlement « Aliments » et 18 § 3 des règlements « Régimes matrimoniaux », « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » et « Successions ».

²⁵⁹⁵ Articles 11 du règlement « Bruxelles II », 19 du règlement « Bruxelles II *bis* » et 20 du règlement « Bruxelles II *ter* ».

²⁵⁹⁶ Articles 19 § 1 du règlement « Bruxelles II *bis* » et 20 § 1 du règlement « Bruxelles II *ter* ».

²⁵⁹⁷ Articles 19 § 2 du règlement « Bruxelles II *bis* » et 20 § 2 du règlement « Bruxelles II *ter* ». Comp. la définition de la connexité internationale retenue à l'issue d'une analyse des textes et de la jurisprudence en matière civile et commerciale par Sophie LEMAIRE, *op. cit.*, n° 35, p. 103 : « l'exception n'est susceptible d'intervenir que dans une seule série d'hypothèses : lorsque deux litiges opposent des parties différentes, dont les demandes sont par hypothèses différentes mais posent une — voire plusieurs — question(s) litigieuse(s) identique(s), ce qui implique un risque d'incohérence ».

retenue par la Cour de justice en matière de litispendance²⁵⁹⁸, qui tend à rapprocher cette notion de la connexité, et à la particularité des questions matrimoniales qui, sans être identiques, visent toutes au relâchement ou à la dissolution du lien matrimonial. La seconde disposition souligne l'absence d'enjeu de la distinction entre litispendance et connexité internationales, compte tenu de la solution identique apportée au conflit dans les deux cas, soit le sursis à statuer d'office de la juridiction saisie en second jusqu'à ce que la juridiction première saisie établisse sa compétence, puis, le cas échéant, le dessaisissement de la juridiction saisie la dernière. Dès lors, la matière familiale révèle, peut-être plus encore que la matière civile et commerciale, que c'est la prévention des conflits de décisions qui est recherchée par la résolution des conflits de procédures²⁵⁹⁹.

516. Qu'il s'agisse de litispendance ou de connexité internationale, la règle « *prior tempore potior jure* » s'impose en droit de l'Union, quel que soit le règlement, mais son application varie légèrement selon qu'il s'agit d'une situation de litispendance ou de connexité. Dans les règlements qui établissent clairement une distinction entre litispendance et connexité, la différence entre ces deux exceptions se retrouve au niveau de l'impérativité de la règle vis-à-vis du juge saisi et de l'issue du conflit. En matière de litispendance, la seconde juridiction saisie sursoit *d'office* à statuer, puis se dessaisit une fois la compétence de la première juridiction saisie établie²⁶⁰⁰. En cas de connexité, la juridiction saisie en second lieu *peut* surseoir à statuer²⁶⁰¹, et *peut* également, lorsque les demandes sont pendantes devant des juridictions de premier degré et qu'une partie en fait la demande, se dessaisir²⁶⁰². Dès lors, la volonté d'éviter le plus possible la survenance des conflits de décisions peut expliquer à la fois la conception large de la litispendance retenue en droit de l'Union et la confusion qui opère entre litispendance et connexité en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, les deux ayant « pour effet d'étendre le mécanisme de dessaisissement obligatoire »²⁶⁰³. Une seule exception à la règle *prior tempore* est prévue, depuis peu, en matière familiale : l'article 20 § 4 du règlement « Bruxelles II *ter* » prévoit que, lorsque les parties ont accepté la compétence,

²⁵⁹⁸ Voir à ce propos l'arrêt CJCE, 8 décembre 1987, *Gubisch*, aff. 144/86, *Rec.*, 1987, p. 4871 ; *RCDIP*, 1988, p. 370, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 1988, p. 537, obs. A. HUET. Dans cet arrêt, la Cour de justice, retenant, sans la définir précisément, une notion autonome de la litispendance au sens de l'article 21 de la Convention de Bruxelles (point 11), a considéré que l'identité d'objet ne pouvait « être restreinte à l'identité formelle des deux demandes » (point 17). Elle a dès lors affirmé qu'ont le même objet « la demande d'exécution du contrat [qui] a pour but de rendre celui-ci efficace, et [...] la demande d'annulation et de résolution [qui] a précisément pour but de lui ôter toute efficacité. La force obligatoire du contrat se trouve ainsi au centre des deux litiges » (point 16).

²⁵⁹⁹ Sur ce constat en matière civile et commerciale, voir Laurence USUNIER, *op. cit.*, n° 472, p. 402.

²⁶⁰⁰ Articles 12 du règlement « Aliments », 17 §§ 1 et 3 des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » et 17 du règlement « Successions ».

²⁶⁰¹ Articles 13 § 1 du règlement « Aliments », 18 § 1 des règlements « Régimes matrimoniaux », « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » et « Successions ».

²⁶⁰² Articles 13 § 2 du règlement « Aliments », 18 § 2 des règlements « Régimes matrimoniaux », « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » et « Successions ».

²⁶⁰³ Véronique MOISSINAC MASSÉNAT, *op. cit.*, n° 186, p. 127.

considérée comme exclusive, d'une juridiction en matière de responsabilité parentale sur le fondement de l'article 10 du règlement, c'est cette juridiction qui, en cas de litispendance ou de connexité, doit d'abord se prononcer sur sa propre compétence, quel que soit l'ordre des saisines. Toute autre juridiction doit surseoir à statuer et, le cas échéant, se dessaisir.

517. En droit français, la solution chronologique semble également être la règle, quoique sa mise en œuvre ne soit pas autonome d'autres conditions. L'accueil de l'exception de litispendance est en effet subordonné à la condition que « la décision à intervenir à l'étranger [soit] susceptible d'être reconnue en France »²⁶⁰⁴. Le juge français doit dès lors procéder à un examen anticipé de la conformité potentielle de la décision étrangère à venir aux conditions de régularité internationale des jugements, soit la compétence internationale indirecte de la juridiction étrangère, l'absence de fraude et la conformité de la décision à l'ordre public. Cette dernière condition ne pouvant cependant faire l'objet que de conjectures au moment où l'exception est soulevée et ne pouvant être dûment contrôlée qu'au stade de la reconnaissance du jugement, le juge du for semble pouvoir surseoir à statuer au lieu de trancher immédiatement la question de son dessaisissement²⁶⁰⁵. Mais, lorsque la condition relative à la compétence indirecte du juge étranger est remplie, ce sursis à statuer tire sa légitimité de l'ordre chronologique des saisines²⁶⁰⁶. En matière de connexité, ni l'article 101 du code de procédure civile français relatif à la connexité interne²⁶⁰⁷, ni la jurisprudence en matière de connexité internationale ne font de l'ordre chronologique une condition du dessaisissement du juge second saisi. C'est cependant à ce résultat que semble aboutir la mise en œuvre de la règle. Tout comme en droit de l'Union européenne, la volonté de prévenir avant tout les conflits de décisions est ici patente.

518. La recherche du juge naturel dans les systèmes de *common law*. – La logique est bien différente dans les pays de *common law* qui perçoivent la résolution des conflits de procédures au travers du problème posé par le *forum shopping* auquel ils tentent prioritairement de remédier en ayant recours au mécanisme du *forum non conveniens*²⁶⁰⁸. Sa mise en œuvre conduit les juges anglo-saxons, guidés par la recherche du juge naturel du litige²⁶⁰⁹, à se

²⁶⁰⁴ Civ. 1, 26 novembre 1974, *Soc. Miniera di Fragne*, précité.

²⁶⁰⁵ En ce sens, voir Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Benjamin RÉMY, *op. cit.*, n° 462, p. 316.

²⁶⁰⁶ Laurence USUNIER, *op. cit.*, n° 475, pp. 405-406.

²⁶⁰⁷ Article 101 du Code de procédure civile : « S'il existe entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l'une de ces juridictions de se dessaisir et de renvoyer en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre juridiction ».

²⁶⁰⁸ Pour un exposé et une analyse approfondie de cette doctrine et de la logique qui l'anime, très différente de celle des pays de tradition civiliste, voir Christelle CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, t. I, 346 p., spéc. n°s 18-72, pp. 38-89 ; Laurence USUNIER, *op. cit.*, n°s 477-486, pp. 406-414.

²⁶⁰⁹ Voir sur ce point, Dominique BUREAU, Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, PUF, 4^{ème} éd., 2017, xvi-793 p., spéc. n° 177, p. 212 : « Dans la tradition de *common law*, le poids symbolique du juge explique

prononcer sur l'opportunité, dans une affaire donnée, « d'exercer une compétence internationale par ailleurs établie »²⁶¹⁰. Cette logique, qui s'applique en dehors de tout conflit de procédures, leur est transposée ; ces conflits sont dès lors tranchés en faveur du juge considéré le plus apte à connaître du litige, et non de celui qui aura été saisi en premier. Dans cette recherche du juge naturel, « [l]'existence d'un conflit de procédures n'est [...] rien de plus qu'un facteur favorable au dessaisissement du juge du for [...] sans pour autant faire] présumer l'opportunité du dessaisissement »²⁶¹¹. Dès lors, si les juges concernés considèrent tous les deux qu'ils sont les mieux placés pour connaître du litige, il est possible qu'aucun ne se dessaisisse en faveur de l'autre, faisant ainsi prospérer le conflit de procédures et le risque de survenance d'un conflit de décisions.

519. Modalités potentielles d'une coordination des deux traditions juridiques au sein de l'espace judiciaire européen. – Il est ainsi frappant de constater que chacune de ces traditions juridiques ne lutte, au travers de la résolution des conflits de procédures, que contre un seul des deux phénomènes. C'est la position qu'a très clairement adoptée la Cour de justice, en déniait catégoriquement toute place au *forum non conveniens*²⁶¹². Il est permis de penser, avec Laurence Usunier, que le raisonnement ici mis en œuvre et qui perçoit ces deux luttes comme exclusives l'une de l'autre constitue une « idée [d'autant plus] inexacte et fâcheuse »²⁶¹³ s'agissant des litiges intra-européens que la construction de l'espace judiciaire européen, en même temps qu'elle favorise ces phénomènes, crée, au travers de la coopération judiciaire en matière civile, les conditions d'une articulation harmonieuse des solutions afin de lutter efficacement à la fois contre le *forum shopping* et contre les conflits de décisions²⁶¹⁴. C'est

qu'au postulat de la pluralité des juridictions potentiellement compétentes dans l'ordre international pour connaître d'un même litige succède l'hypothèse du monopole du for naturel. Ce for est celui que légitime non seulement le jeu abstrait de règles juridictionnelles perçues comme traduisant la compétence de l'État à l'égard du litige, mais aussi une appréciation dans chaque cas des rattachements et intérêts qui le rendent particulièrement apte à intervenir ».

²⁶¹⁰ *Op. cit.*, n° 176, p. 211.

²⁶¹¹ Laurence USUNIER, *op. cit.*, n° 477, p. 407.

²⁶¹² CJCE, Gr. ch., 1^{er} mars 2005, *Owusu*, aff. C-281/02, *Rec.*, 2005, p. I-1383 ; *RCDIP*, 2005, p. 698, note Ch. CHALAS ; *D.*, 2006, pan., p. 1259, obs. C. NOURISSAT ; *Ibid.*, pan., p. 1495, obs. F. JAULT-SESEKE ; *JDI*, 2005, p. 1177, note G. CUNIBERTI, M. WINCKLER ; *Europe*, mai 2005, comm. 189, obs. L. IDOT ; *Gaz. Pal.*, 2005, n° 148, note M.-L. NIBOYET.

²⁶¹³ Laurence USUNIER, *op. cit.*, n° 481, p. 410.

²⁶¹⁴ Voir également en ce sens, Marie-Laure NIBOYET, « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *op. cit.*, n° 25, p. 948 : « Le paradoxe, en effet, est que la mise en place d'un espace judiciaire européen réalise aujourd'hui les conditions idoines d'un assouplissement des règles de la litispendance européenne, alors qu'auparavant le caractère automatique de la priorité donnée au premier juge saisi était présenté comme l'une des avancées les plus remarquables du principe de reconnaissance mutuelle ». L'auteure préconise de s'appuyer sur le réseau judiciaire européen pour assouplir les règles de la litispendance européenne : les conflits pourraient être résolus dans le cadre d'un dialogue de juge à juge adossé, en cas d'échec, à une règle adoptant un critère chronologique (*op. cit.*, n° 27, pp. 949-950). Si cette solution dessine un type d'idéal vers lequel il est possible de tendre, elle ne nous paraît cependant pas assurer une sécurité juridique suffisante, et sa mise en œuvre pourrait, à l'heure actuelle, achopper à des obstacles pratiques difficiles à surmonter, comme la barrière linguistique.

pourquoi l'adoption d'une mesure qui allie ces deux préoccupations par l'Union européenne apparaît à la fois nécessaire et possible, compte tenu du principe de coopération loyale qui s'impose à l'Union et aux États membres dans la mise en œuvre du droit de l'Union.

520. Nous souscrivons entièrement à la proposition de l'auteure, selon laquelle, en matière de litispendance, la règle *prior tempore* devrait constituer le principe. Au-delà de son caractère dissuasif déjà évoqué²⁶¹⁵, une telle solution pourrait, d'une part, se prévaloir de sa prévisibilité et de sa simplicité²⁶¹⁶, à condition de maintenir les règles qui, actuellement, définissent le moment où une juridiction est saisie dans les règlements européens²⁶¹⁷, de sorte à éviter le *forum shopping* et à favoriser « la personne ayant commencé la première à accomplir les démarches nécessaires à l'introduction de l'instance »²⁶¹⁸. Elle est, d'autre part, cohérente avec le règlement des conflits de décisions qui constitue le risque caractéristique du conflit de procédures. Au contraire, le *forum shopping* peut non seulement survenir en dehors de tout conflit de procédures, mais également ne pas en être la cause²⁶¹⁹. À titre d'exemple, le cas d'époux qui, vivant chacun dans l'État membre dont ils sont les ressortissants à la suite d'une séparation, saisissent chacun de leur côté d'une demande en divorce une juridiction nationale au titre de leur résidence habituelle de plus de six mois²⁶²⁰ ne révèle *a priori* pas de comportement malicieux digne d'être sanctionné, alors même que le conflit de procédures est caractérisé. Mais, afin d'éviter que le choix du critère chronologique n'aboutisse à une course au tribunal et à la manifestation d'une certaine déloyauté procédurale de la part des plaideurs, cette solution pourrait être aménagée par des exceptions²⁶²¹. Il est ainsi possible d'envisager de permettre à la juridiction saisie en second lieu de refuser de surseoir à statuer si elle constate que la procédure étrangère pourrait contrevenir à son ordre public procédural, ou procède d'un abus de droit. La prise en compte de l'objectif d'accès à la justice dans la détermination des règles de litispendance impose en effet de mesurer les conséquences de la saisine du second juge sur le droit d'accéder au juge et d'obtenir une décision de justice, que des manœuvres dilatoires pourraient fragiliser²⁶²². En dehors de ces cas, compte tenu du fondement ainsi donné à la confiance mutuelle entre les juridictions des États membres et du risque que fait peser la

²⁶¹⁵ Voir *supra*, n° 511.

²⁶¹⁶ Laurence USUNIER, *op. cit.*, n° 490, p. 417.

²⁶¹⁷ Articles 11 § 4 du règlement « Bruxelles II », 16 du règlement « Bruxelles II bis », 17 du règlement « Bruxelles II ter », 9 du règlement « Aliments », 14 des règlements « Régimes matrimoniaux », « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » et « Successions ».

²⁶¹⁸ Laurence USUNIER, *op. cit.*, n° 491, p. 418.

²⁶¹⁹ *Op. cit.*, n° 489, p. 416.

²⁶²⁰ Sur le fondement de l'article 3 § 1, *littera* a, sixième tiret du règlement « Bruxelles II bis ».

²⁶²¹ Laurence USUNIER, *op. cit.*, n°s 498-504, pp. 426-431.

²⁶²² En ce sens, voir Fabien MARCHADIER, « Charte des droits fondamentaux et droit international privé – Aspects procéduraux », *op. cit.*, pp. 93-94.

survenance d'un conflit de décisions sur la reconnaissance mutuelle des décisions, la juridiction seconde saisie devrait se dessaisir obligatoirement²⁶²³.

521. En matière de connexité européenne en revanche, il convient de considérer deux éléments dans la formulation de la solution proposée. D'une part, le risque est inhérent à la situation, que la *juridiction* première saisie ait un lien ténu avec le litige soumis à la juridiction saisie en second lieu. D'autre part, l'argument de l'effet dissuasif recherché sur les plaideurs malintentionnés, qui donne du crédit au choix du critère chronologique en cas de litispendance²⁶²⁴, souffre ici, en présence de deux litiges par hypothèse différents²⁶²⁵, d'une faiblesse qui le disqualifie. Dans ces conditions, la coopération loyale qui doit présider à la mise en œuvre de la coopération judiciaire en matière familiale paraît abonder dans le sens d'une résolution de la connexité européenne en faveur du juge le plus apte à trancher le litige, le critère chronologique pouvant subsister à titre subsidiaire, dans le cas où les deux juridictions saisies paraissent pouvoir « statuer sur l'ensemble des demandes de manière aussi satisfaisante l'une que l'autre »²⁶²⁶.

B. En matière de conflit de lois

522. Contrariété de l'uniformisation au fondement et à l'objectif de la coopération judiciaire en matière civile. – La coopération judiciaire en matière familiale, en tant qu'elle est fondée sur le respect de la diversité des traditions et des ordres juridiques nationaux et qu'elle tend à faciliter l'accès à la justice, ne semble pas davantage permettre l'uniformisation des règles de conflits de lois que celle des règles de compétence internationale. Une telle méthode, dont nous avons déjà souligné qu'elle procède, sinon d'une dénaturation, du moins d'une interprétation excessivement large des compétences attribuées à l'Union par l'article 81 TFUE et s'avère ainsi hasardeuse du point de vue du principe d'attribution des compétences²⁶²⁷, paraît en effet devoir être mise à l'écart à deux titres. Elle semble à la fois contraire au respect de la diversité sur lequel la coopération est fondée, la « doctrine classique du droit international privé » pouvant certainement être considérée comme une partie intégrante des traditions juridiques des États membres²⁶²⁸, et disproportionnée vis-à-vis de l'objectif de

²⁶²³ Laurence USUNIER, *op. cit.*, n° 504, p. 431.

²⁶²⁴ Voir *supra*, n°s 520.

²⁶²⁵ Laurence USUNIER, *op. cit.*, n° 505, p. 432.

²⁶²⁶ *Op. cit.*, n° 506, p. 433.

²⁶²⁷ Voir *supra*, n°s 177-182.

²⁶²⁸ Sur ce point, voir *supra*, n°s 475-477, et également, en ce sens, Marc-Philippe WELLER, « Les rattachements dans les conflits de lois », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Marc Fallon, Paul Lagarde, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), Bruxelles, Berne, Berlin, Francfort-sur-le-Main, New York, Oxford, Vienne, Peter Lang, 2011, pp. 327-334, spéc. p. 334.

faciliter l'accès à la justice²⁶²⁹. Par ailleurs, cet objectif étant recherché par la mise en œuvre d'une coopération *judiciaire*, il est permis de penser, avec Isabelle Barrière Brousse, que ce cadre « ne constitue pas un concept idéal pour véhiculer des règles de conflit de lois dont l'utilité dépasse évidemment le cadre processuel »²⁶³⁰. Ce sont donc autant le fondement et l'objectif de la coopération judiciaire en matière civile que les principes qui régissent l'attribution et l'exercice des compétences de l'Union qui nous paraissent requérir d'écarter l'uniformisation des règles de conflit de lois et d'engager une réflexion sur la place que peuvent occuper ces règles au sein de l'appareil normatif de l'espace judiciaire européen.

523. Distinction du for du jugement et du for du raisonnement. – Comme l'a démontré l'analyse des liens qu'entretiennent, dans les règlements de droit international privé de la famille, les règles de conflit de lois et le régime de l'*exequatur*²⁶³¹, la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle des décisions ne suppose pas l'uniformisation de ces règles et celle-ci ne semble pas de nature à renforcer la confiance mutuelle entre les États membres. Toute coordination des règles de conflit de lois de droit commun ne paraît pas inutile pour autant. Dans un espace judiciaire européen ayant pour objectif de faciliter l'accès à la justice et notamment l'exécution des décisions rendues dans un État membre sur le territoire d'un autre État membre, la coordination des règles de conflit de lois nationales paraît tout particulièrement digne d'intérêt en présence de textes qui, selon nous, ne permettent pas d'uniformiser les règles de compétence internationale directe. Ainsi, afin de lutter contre le *forum shopping* qui peut résulter des appréciations divergentes formulées par les ordres juridiques des États membres s'agissant de la compétence internationale des tribunaux et des règles de conflit de lois, d'une part, tout en contribuant à renforcer la confiance mutuelle entre les juridictions nationales, d'autre part, il est permis d'envisager, selon la terminologie adoptée par Georges Droz, une distinction du for de jugement et du for de raisonnement²⁶³².

Le mécanisme est simple, puisqu'au travers de la détermination d'un for de raisonnement, il s'agit de « désigner, pour chaque type de litiges [intra-européens ...], l'un des systèmes

²⁶²⁹ Voir, questionnant la nécessité d'uniformiser les règles de conflit de lois, Isabelle BARRIÈRE BROUSSE, « Le Traité de Lisbonne et le droit international privé », *op. cit.*, n° 29, p. 32.

²⁶³⁰ *Op. cit.*, n° 5, p. 11.

²⁶³¹ Sur l'inadéquation du recours à l'uniformisation des règles de conflit de lois dans le cadre de la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions, voir *supra*, n°s 221-230.

²⁶³² Sur cette distinction et les cas dans lesquels l'auteur envisage sa mise en œuvre, voir Georges A. L. DROZ, « Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. 229, 1991, pp. 9-424, spéc. n°s 380-399, pp. 351-368 ; du même auteur, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *op. cit.*, pp. 107-108. Pour une appréciation critique de la solution proposée par Georges Droz en tant que remède aux compétences exorbitantes, voir Christelle CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, t. II, *op. cit.*, n°s 475-482, pp. 423-428. Voir, considérant qu'une telle distinction peut se recommander des termes de l'article 65 TCE version Amsterdam, Vincent HEUZÉ, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflit de lois », *JCP G*, 2008, n° 30, pp. 20-23, spéc. n° 4, p. 21.

nationaux de droit international privé semblant avoir des titres significatifs à s'appliquer »²⁶³³. Georges Droz envisage cette idée comme une application de la *foreign court theory*²⁶³⁴ principalement destinée à « assainir les situations provoquées par la création abusive voire artificielle de compétence judiciaire ou l'utilisation de chefs de compétence exorbitants »²⁶³⁵. La méthode de recherche du for de raisonnement est donc déterminée en conséquence. L'auteur adopte une « attitude minimaliste »²⁶³⁶ qui n'a pas pour but « de trouver la meilleure solution [— quant à l'existence de laquelle il se montre dubitatif —] mais simplement d'éviter la moins bonne »²⁶³⁷ ; il recherche un équilibre entre d'un côté la protection que certains États peuvent légitimement vouloir accorder au demandeur²⁶³⁸, et de l'autre côté les légitimes prévisions du défendeur quant à la loi applicable²⁶³⁹. Il préconise ainsi de laisser la faculté au juge saisi²⁶⁴⁰, ou de permettre au défendeur de lui demander²⁶⁴¹, de considérer en tant que for de raisonnement le for du domicile du défendeur²⁶⁴².

524. Adaptation de la solution à la coopération judiciaire en matière civile. – Si l'auteur rejette l'idée d'une généralisation du mécanisme²⁶⁴³, y recourir en tant que système impératif de détermination de la loi applicable dans le cadre de la coopération judiciaire en matière familiale paraît adapté aux exigences de la construction de l'espace judiciaire européen. En effet, non seulement un tel dispositif exerce un effet dissuasif en cas de saisine abusive d'une juridiction, la définition commune d'un for de raisonnement permettant la mise en œuvre d'un même système conflictuel quelle que soit la juridiction saisie, mais, en dehors des cas d'abus, elle dédramatise les craintes et les enjeux liés à la détermination de la compétence internationale sur le fondement du droit commun et contribue ainsi à construire la confiance mutuelle entre

²⁶³³ Vincent HEUZÉ, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶³⁴ Selon cette théorie anglaise, le juge saisi doit statuer de la même manière que l'aurait fait le juge étranger dont le droit est applicable s'il avait été saisi du litige. Pour un exposé synthétique de cette théorie, qui a pu faire l'objet d'une application en droit positif anglais, voir Johanna GUILLAUMÉ, V^o « Renvoi. Mécanisme du renvoi », *JCI. Droit international*, fasc. 532-10, 1^{er} décembre 2019, spéc. n^{os} 145-151.

²⁶³⁵ Georges A. L. DROZ, « Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé », *op. cit.*, n^o 386, p. 356. L'auteur constate (*op. cit.*, pp. 356-357) que cette méthode a été mise en œuvre par l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

²⁶³⁶ Georges A. L. DROZ, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *op. cit.*, p. 108.

²⁶³⁷ Georges A. L. DROZ, « Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé », *op. cit.*, n^o 393, p. 360.

²⁶³⁸ *Op. cit.*, n^{os} 388-389, pp. 357-358.

²⁶³⁹ *Op. cit.*, n^o 389, p. 358 ; du même auteur, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *op. cit.*, p. 107.

²⁶⁴⁰ Georges A. L. DROZ, « Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé », *op. cit.*, n^o 390, p. 358.

²⁶⁴¹ Georges A. L. DROZ, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *op. cit.*, p. 108.

²⁶⁴² Georges A. L. DROZ, « Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé », *op. cit.*, n^o 393, p. 360 ; du même auteur, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶⁴³ Georges A. L. DROZ, « Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé », *op. cit.*, n^o 382, p. 353.

les États membres. Une telle répercussion se fera, semble-t-il, tout particulièrement ressentir s'agissant des rattachements résiduels qui, sans être considérés comme exorbitants, ont des liens moins forts avec la situation que les rattachements de principe. Ainsi de la nationalité de l'une ou l'autre des parties, de la résidence habituelle ou du domicile du demandeur.

Certes, comme le souligne Christelle Chalas, cette dédramatisation est limitée ; elle ne concerne que les cas de « *forum shopping* législatif »²⁶⁴⁴. Si bien que non seulement ce mécanisme ne permet pas de réduire les enjeux liés aux différences procédurales qui existent entre les États membres, mais qu'en outre, compte tenu de l'influence que celles-ci exercent sur la solution du litige, il ne permet pas d'assurer l'harmonie européenne des solutions qu'une unification du mode de détermination de la loi applicable pourrait laisser envisager. Mais, d'une part, il nous semble pouvoir convenir qu'il ne peut trop en être demandé au conflit de lois, dont la coordination ne peut à elle seule résoudre les problèmes posés par la diversité des ordres juridiques dans le contentieux international, ce qui ne l'empêche pas d'apporter sa pierre à l'édifice. D'autre part, l'objectif de ce mécanisme n'est pas d'assurer une harmonie européenne des solutions en favorisant l'uniformité des solutions matérielles rendues dans les différents États membres. L'harmonie des solutions constitue sans doute un objectif de la coordination du droit international privé reposant, en droit de l'Union européenne, sur la reconnaissance mutuelle des décisions. Cependant, un espace judiciaire européen fondé sur le respect de la diversité des ordres juridiques non seulement s'accommode aisément de la diversité des solutions matérielles auxquelles peuvent aboutir les juridictions des différents États membres, mais doit aussi permettre de garantir aux juridictions de chaque État la possibilité de réaliser « le sens de la justice du for »²⁶⁴⁵, qui dépend à la fois des règles de procédure suivies et des éventuels aménagements qui peuvent être apportés à l'application de la loi désignée par les règles de conflit de lois.

525. Compte tenu de l'objectif assigné ici au mécanisme, qui n'est plus désormais « d'éviter la moins bonne »²⁶⁴⁶ solution mais de réaliser une meilleure coordination entre les juridictions des États membres, le for de raisonnement désignant un État membre peut être différent de celui du domicile du défendeur. La logique peut ainsi être déclinée catégorie par catégorie. Étant donné, d'une part, la recherche traditionnelle en droit international privé de la famille d'un lien du for avec le couple ou avec la famille qui dicte par principe un rattachement commun plutôt qu'individuel, et, d'autre part, la mission conférée en la matière à l'Union

²⁶⁴⁴ Christelle CHALAS, *op. cit.*, n° 476, p. 425.

²⁶⁴⁵ Sur cette notion, en lien avec le mécanisme de l'adaptation, voir Horatia MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, th. dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 1985, 696 p., spéc. n° 452, p. 520.

²⁶⁴⁶ Georges A. L. DROZ, « Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé », *op. cit.*, n° 393, p. 360.

européenne qui consiste à « *assurer* [...] la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois »²⁶⁴⁷, ce sont des fors de raisonnement en cascade qu'il est nécessaire de déterminer²⁶⁴⁸. Un arbitrage entre deux titres paraissant significatifs peut alors être nécessaire. Il est cependant possible de considérer avec Vincent Heuzé qu'« [i]l est sans importance, à ce niveau, que ce système mérite d'être regardé comme celui qui a les *meilleurs* titres à s'appliquer, dans la mesure où ce n'est pas de lui, mais de l'ordre juridique national qu'il désigne, que dépend l'identité de la loi selon laquelle le litige sera tranché au fond »²⁶⁴⁹. Il doit effectivement être conféré une juste mesure à l'enjeu, en particulier dans le cadre des discussions entre États au sein du Conseil et entre institutions européennes.

526. Ainsi, en matière matrimoniale, le for de raisonnement peut être celui du domicile commun ou de la résidence habituelle commune, ou celui de la nationalité commune des parties. Tout en gardant à l'esprit l'importance relative du choix du for de raisonnement prioritaire, la faveur nous semble devoir aller au critère du domicile ou de la résidence habituelle commune, en considération de la commodité des plaideurs et de la bonne administration de la justice : la coïncidence, que l'on peut anticiper fréquente, d'un tel critère avec celui qui aura conduit la juridiction saisie à retenir sa compétence permettra aux parties de recourir plus aisément aux services d'un conseil maîtrisant le système conflictuel désigné et au juge de mettre en œuvre des règles plus susceptibles de lui être familières. La nationalité commune, qui peut également revendiquer une proximité entre le for et les parties, pourrait subsidiairement déterminer le for du raisonnement. Si ces critères ne se concrétisent pas sur le territoire d'un État membre, l'échelle des rattachements pourraient être complétée dans cet ordre : le dernier domicile commun ou la dernière résidence habituelle commune des parties ; le domicile ou la résidence habituelle du défendeur ; le domicile ou la résidence habituelle du demandeur ; la nationalité du demandeur ; la nationalité du défendeur.

Le même raisonnement pourrait être mené en matière de régimes matrimoniaux et d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

527. Dans les domaines dans lesquels il est courant, parmi les systèmes juridiques des États membres, de considérer avec faveur l'une des parties, comme c'est le cas en matière de responsabilité parentale ou en matière alimentaire, il est possible de tenir compte de cette faveur pour déterminer le for de raisonnement. En effet, dans ces matières, les États qui suivent cette logique organisent généralement l'ensemble de leur droit international privé autour de l'idée de faveur. Dès lors, déterminer un for de raisonnement de cette manière permettra soit, si l'État

²⁶⁴⁷ Article 81 § 2, *littera c* TFUE.

²⁶⁴⁸ En ce sens, voir Vincent HEUZÉ, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶⁴⁹ Vincent HEUZÉ, *op. cit.*, note 8, p. 21.

ainsi désigné fait partie de cette catégorie, d'appliquer une règle de conflit de lois favorable à la partie à protéger, soit, si l'État désigné adopte des règles de conflit neutres d'assurer tout de même un rattachement significatif. Ainsi, il est possible d'envisager de désigner prioritairement, dans ces deux matières, le système de droit international privé de l'État du domicile ou de la résidence habituelle de l'enfant ou du créancier d'aliments. Subsidiairement, le for de raisonnement pourrait être le for du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur, celui de la nationalité commune des parties, celui de la nationalité du demandeur, et enfin celui de la nationalité du défendeur.

528. Enfin, en matière successorale, le for de raisonnement pourrait prioritairement être celui du domicile ou de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès, et subsidiairement, celui de sa nationalité.

529. Une telle solution permet ainsi, tout en préservant, conformément aux prévisions des traités, la diversité des règles de conflit de lois des États membres, de lutter contre le *forum shopping* et de renforcer la confiance mutuelle entre les juridictions des États membres. C'est finalement le principe même de reconnaissance mutuelle qui en sort renforcé.

530. Conclusion du paragraphe. – Transition. – Envisagée à partir du respect de la diversité des ordres juridiques nationaux et dans l'optique de faciliter l'accès à la justice, l'action européenne nécessaire à la réglementation des litiges intra-européens en matière familiale s'avère bien plus modeste que celle qu'ont traduit les textes uniformisateurs dont l'adoption a significativement transformé le domaine depuis vingt ans. Le choix d'une telle orientation mesurée, au-delà du respect du cadre juridique défini par les traités qu'il emporterait, présenterait deux avantages majeurs. D'une part, il laisserait subsister les règles de compétence internationale et de conflit de lois de droit commun, dont l'application bénéficierait de la connaissance et de l'expérience des juges nationaux quant à leurs propres règles et pourrait ainsi réduire l'insécurité juridique découlant du sens de règles uniformes que le manque de fondement matériel empêche de déterminer par un raisonnement logique. D'autre part, il aurait le mérite de prendre en charge, *à titre principal*, le traitement de difficultés relatives au *forum shopping* et aux conflits de procédures accentuées dans un contexte de libre circulation des personnes, que la réglementation actuelle accepte de sacrifier à la poursuite de l'uniformisation. Il nous semble pourtant que c'est ainsi, en assurant une coordination permettant de lutter contre la déloyauté procédurale des plaideurs malintentionnés comme de favoriser une coopération concrète des juridictions des États membres, que l'Union est susceptible de consolider la confiance mutuelle entre les États membres et, partant, de conférer un fondement tangible au

principe de reconnaissance mutuelle des décisions. La même démarche justifie de proposer à présent une adaptation des règles relatives à l'effet des jugements européens.

II. Faire reconnaître et exécuter une décision judiciaire rendue dans un autre État membre

531. La relecture à l'aune de l'objectif de la coopération judiciaire en matière civile de faciliter l'accès à la justice oriente enfin vers une remise en cause des règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des décisions adoptées dans les règlements de droit international privé de la famille. L'inconciliabilité des décisions a déjà été abordée précédemment dans le cadre des conflits de procédures et la redéfinition du traitement par le droit de l'Union de la compétence internationale directe nous a mené à conclure à l'exclusion des fors exorbitants au sein de l'espace judiciaire européen, permettant ainsi de maintenir le défaut de contrôle de la compétence internationale indirecte au stade de l'effet des jugements. C'est donc sur le contrôle de l'ordre public international que nous nous concentrons à présent.

532. Reconfiguration de la reconnaissance mutuelle autour de l'objectif de faciliter l'accès des deux parties à la justice. – De prime abord, il est possible de penser de l'objectif de faciliter l'accès à la justice qu'il entretient un rapport de tension avec le respect de la diversité des ordres juridiques. En effet, en tant qu'il inclut le but de faciliter l'exécution sur le territoire d'un État membre des décisions rendues dans un autre État membre, cet objectif peut sembler justifier le mouvement législatif européen²⁶⁵⁰ orienté vers la reconnaissance inconditionnelle et incontestable et la disparition de l'*exequatur*. Une telle logique peut s'appuyer sur le lien actuellement inaltérable établi entre confiance mutuelle et suppression du contrôle entre États membres du respect des droits fondamentaux. La Cour de justice, ayant fait de la confiance mutuelle le principe fondateur de l'espace de liberté, de sécurité et de justice²⁶⁵¹, a en effet considéré dans son avis 2/13 au sujet de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme que « la CEDH, en imposant de considérer l'Union et les États membres comme des Parties contractantes [...] également dans leurs relations réciproques, y compris lorsque ces relations sont régies par le droit de l'Union, exigerait d'un État membre la vérification du respect des droits fondamentaux par un autre État membre, alors même que le droit de l'Union impose la confiance mutuelle entre ces États membres, l'adhésion est susceptible de compromettre l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union »²⁶⁵². La Cour en fait une question existentielle. Ce serait pourtant adopter

²⁶⁵⁰ Sur ce mouvement, voir *supra*, n^{os} 318-325.

²⁶⁵¹ Sur ce fondement, voir *supra*, n^{os} 314-317.

²⁶⁵² CJUE, 18 décembre 2014, avis 2/13, point 194. C'est nous qui soulignons.

une conception restrictive injustifiée de l'accès à la justice centrée sur le seul demandeur à l'exécution.

Un changement de perspective dans le cadre du droit de l'Union paraît possible qui permettrait à la fois à la Cour de justice de ne pas être, dans son rôle de juge suprême, une simple garante de la construction européenne qui s'érigerait en sa propre fin, et de concilier les jurisprudences européennes en matière de protection des droits fondamentaux²⁶⁵³. Il implique de remettre au cœur de la réflexion, d'une part, la coopération entre les États membres que la confiance mutuelle est censée permettre²⁶⁵⁴, et, d'autre part, la personne, directement concernée par la liberté, la sécurité et la justice que cette coopération doit mettre en œuvre, et dont les droits, s'ils sont, dans une certaine mesure, protégés et étendus, sont aussi fragilisés par l'extraterritorialité conférée aux pouvoirs des États membres²⁶⁵⁵. C'est, nous semble-t-il, au travers d'une approche plus compréhensive de l'objectif de faciliter l'accès à la justice et de ses conséquences en matière d'effet des jugements, plus respectueuse du droit primaire, qu'une telle réflexion peut être menée.

Cet objectif concernant en effet tous les justiciables, un équilibre entre les garanties à accorder, respectivement, au demandeur et au défendeur est nécessaire pour l'atteindre. Or, l'*exequatur* constitue, notamment au travers du contrôle de la conformité de la décision étrangère à l'ordre public procédural de l'État requis, une garantie cruciale de l'accès à la justice en faveur du défendeur à l'exécution²⁶⁵⁶, en même temps qu'il donne la mesure de l'équivalence entre les ordres juridictionnels de l'État d'origine et de l'État requis, et finalement de la confiance mutuelle que peuvent s'accorder ces États²⁶⁵⁷. Cette procédure réalise en elle-même l'équilibre recherché, non seulement entre la garantie de l'accès à la justice du demandeur et

²⁶⁵³ Sur le risque de confrontation des jurisprudences européennes en matière de protection des droits fondamentaux, voir *supra*, nos 353-355.

²⁶⁵⁴ Voir par exemple, sur les enjeux en termes de coopération des dispositions du règlement « Bruxelles II bis » relatives au retour de l'enfant, Valsamis MITSILEGAS, « The limits of mutual trust in Europe's AFSJ : from automatic inter-State cooperation to the slow emergence of the individual », *op. cit.*, p. 322.

²⁶⁵⁵ En ce sens, voir Evelien BROUWER, « Mutual trust and judicial control in the area of freedom, security, and justice : an anatomy of trust », in *Mapping mutual trust : understanding and framing the role of mutual trust in EU law*, Evelien Brouwer, Damien Gerard (dir.), EUI Working Paper MWP, n° 2016/13, pp. 59-68, spéc. pp. 60-61 ; Cecilia RIZCALLAH, « The challenges to trust-based governance in the European Union : assessing the use of mutual trust as a driver of EU integration », *European Law Journal*, 2019, n° 25, pp. 37-56, spéc. pp. 50-51.

²⁶⁵⁶ Sur la recherche d'un équilibre entre le demandeur et le défendeur dans la garantie de l'accès à la justice, voir Patrick KINSCH, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, vol. 318, 2005, pp. 9-331, nos 257-262, pp. 325-331. Voir également Jean-Sylvestre BERGÉ, « Le droit à un procès équitable au sens de la coopération judiciaire en matière civile et pénale : l'hypothèse d'un rapport de mise en œuvre », *op. cit.*, n° 12, p. 259.

²⁶⁵⁷ En ce sens, voir Louis D'AVOUT, « La législation européenne de droit international privé : bref bilan d'une décennie (2000- 2010) », *Revue de droit d'Assas*, 2012, n° 5, pp. 70-77, spéc. p. 75 : « Laisser, au nom de la confiance mutuelle, se propager 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. Le droit de la coopération judiciaire entre instances égales n'est pas celui de la domination de l'une par l'autre ; il devrait plutôt être celui de l'association des forces, du contrôle mutuel entre juridictions-sœurs et de l'expression des désaccords résiduels (d'où, soit dit en passant, l'importance de la réserve de l'ordre public opposée à la reconnaissance des jugements) ».

celle de l'accès à la justice du défendeur à l'exécution, mais aussi entre la reconnaissance de « [l']équivalence des systèmes qu'elle implique [...] et en] contrepoids [...] la liberté des États de poser des limites »²⁶⁵⁸. Elle permet au demandeur à l'exécution de ne pas souffrir une nouvelle mise en œuvre directe, par le juge requis, des garanties procédurales imposées par les articles 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et 47 de la Charte des droits fondamentaux et par les dispositions constitutionnelles nationales, tout en assurant leur respect au défendeur à l'exécution par l'intermédiaire du *constat* résultant du contrôle de la procédure étrangère²⁶⁵⁹.

533. Conciliation du contrôle garant de l'accès à la justice de la personne et de la confiance mutuelle entre États membres. – Ainsi recentrée sur la protection des droits de la personne, la relecture de la reconnaissance mutuelle des décisions à l'aune de l'accès à la justice permet d'apercevoir une reconfiguration possible du sens et du domaine de la confiance mutuelle. L'enseignement de Jellinek nous apprend en effet que les droits fondamentaux sont avant tout une protection de l'individu par rapport à l'État, à la puissance publique. Ils protègent, selon trois déclinaisons différentes chez l'auteur — les droits-liberté, les droits-créance et les droits-participation —, les trois types de relations que l'individu entretient avec l'État : la liberté, la protection, la citoyenneté²⁶⁶⁰. Dès lors que les droits fondamentaux sont moins un élément de la relation interétatique que de la relation entre l'individu et la puissance publique, il devient possible de concevoir que « le contrôle du respect des droits fondamentaux ne se situe ni dans une logique de confiance ni dans une logique de défiance. C'est une logique de contrôle, un contrôle extérieur, qui doit pouvoir être exercé sur toutes les étapes de la procédure et sur tous les droits garantis »²⁶⁶¹.

²⁶⁵⁸ Johan MEEUSEN, « L'Europe entre unité et diversité : du marché intérieur à l'espace de liberté, de sécurité et de justice », *op. cit.*, p. 187.

²⁶⁵⁹ Laurence SINOPOLI, « Droit au procès équitable et *exequatur* : Strasbourg sonne les cloches de Rome (à propos de l'arrêt *Pellegrini c. Italie* du 20 juillet 2001) », *Gaz. Pal.*, 21-23 juillet 2002, n° 204, pp. 2-12, spéc. n° 8, p. 5 (c'est nous qui soulignons). L'auteure affirme que « [l]a reconnaissance de la décision étrangère s'analyse [...] en une abstention de la juridiction requise de mettre en œuvre elle-même les garanties de l'article 6 paragraphe 1. La procédure étrangère produit un certain effet dans l'ordre juridique du for requis : elle l'invite à ne pas déployer les différentes phases de la vérification juridictionnelle. Cette abstention du for requis ne dépend pas seulement du contenu de la norme étrangère, mais surtout du constat que le processus juridictionnel a été effectué à l'étranger. « Ainsi se justifie l'interprétation donnée par la Cour E.D.H. de l'article 6 paragraphe 1 en matière d'*exequatur* : cette disposition impose aux États parties de respecter des garanties juridictionnelles et procédurales lorsqu'ils créent une norme individuelle destinée à s'imposer à des parties qui contestent leurs droits et obligations de caractère civil. L'effet de la procédure étrangère est le refus du for de statuer directement sur le litige. Ce refus n'est conforme à l'article 6 paragraphe 1 que si lui est substitué un contrôle de la procédure étrangère ».

²⁶⁶⁰ Ludovic HENNEBEL, « Typologies et hiérarchie(s) des droits de l'Homme », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2011, pp. 423-435, spéc. pp. 424-425. En langue allemande, Georg JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1905, xii-366 p.

²⁶⁶¹ Françoise TULKENS, « La reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles. Enjeux et perspectives », in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Gilles de Kerchove, Anne Weyembergh, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, pp. 165-173, spéc. p. 173.

La protection des droits fondamentaux ne peut en effet se satisfaire d'engagements à les respecter ou de la reconnaissance d'une capacité à les faire respecter. Aucun de ces éléments n'assure, comme le note Daniel Flore, un « respect effectif de ces droits et un bref aperçu de la jurisprudence récente concernant les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme montrerait que peu d'États européens sont épargnés par les violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales »²⁶⁶². La Commission européenne a elle-même reconnu que la survenance d'événements « dans certains États membres [qui] ont montré que le mépris de l'état de droit et, par conséquent, des valeurs fondamentales qu'il a vocation à protéger, peut devenir préoccupant »²⁶⁶³, sans pour autant que l'Union soit dotée de « mécanismes et procédures [...] adaptés pour réagir efficacement et au bon moment aux atteintes portées à l'état de droit »²⁶⁶⁴. À cet égard, l'existence d'un système de protection juridictionnelle des droits fondamentaux effectif dans l'État membre d'origine comme celui qui a été mis en place dans le cadre du Conseil de l'Europe n'est pas de nature à assurer l'effectivité de la protection des droits fondamentaux dans l'hypothèse d'une absence de contrôle du respect de l'ordre public international de l'État membre requis²⁶⁶⁵. Il ne prévient pas en lui-même la violation des droits fondamentaux ; sa mise en œuvre, qui intervient nécessairement tardivement par rapport à la violation alléguée du fait de la condition d'épuisement des voies de recours, suppose que les justiciables en aient « les moyens [...] et] la compréhension »²⁶⁶⁶ ; son issue, même favorable au requérant, ne modifie pas nécessairement sa situation individuelle, du fait de la valeur déclaratoire des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme²⁶⁶⁷.

La seule façon d'assurer le respect effectif de ces droits est dès lors de mettre en place un recours juridictionnel qui procèdera à la sanction « immédiate » du non-respect de ces droits²⁶⁶⁸, mission que remplit le contrôle de l'ordre public international, de fond et de procédure, dans le cadre de la reconnaissance des décisions. La poursuite de l'objectif de faciliter l'accès à la justice nous semble donc imposer le maintien de ce contrôle, y compris

²⁶⁶² Daniel FLORE, « Réflexions sur l'idée de la "confiance mutuelle" », in *Sécurité et justice : enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Gilles de Kerchove, Anne Weyembergh (éd.), Bruxelles, Éditions de l'Université libre de Bruxelles, 2003, pp. 133-145, spéc. pp. 140-141. L'auteur oppose une confiance « confiante » qui « se satisfait de l'existence de principes », à une confiance « méfiante » qui « revendique de pouvoir exercer un contrôle concret sur l'application de ces principes » (*op. cit.*, p. 135).

²⁶⁶³ Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit », 11 mars 2014, COM(2014) 158 final, p. 2.

²⁶⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁶⁵ Voir en ce sens Daniel FLORE, *op. cit.*, pp. 143-144.

²⁶⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁶⁷ Sur l'ensemble de ces éléments, voir Henri LABAYLE, « Les perspectives du contrôle juridictionnel de la confiance mutuelle dans l'Union européenne », in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Gilles de Kerchove, Anne Weyembergh (dir.), Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, pp. 123-147, spéc. p. 147.

²⁶⁶⁸ Daniel FLORE, « La notion de confiance mutuelle : l'"alpha" ou l'"oméga" d'une justice pénale européenne ? », in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, *op. cit.*, pp. 17-28, spéc. p. 27.

dans le silence des textes qui mettent en œuvre la coopération judiciaire en matière civile²⁶⁶⁹. Ce n'est que sur le plan des modalités du contrôle, et non sur celui de son existence, que la confiance mutuelle peut exercer une influence. Elle peut être ici entendue selon un sens proche de celui de coopération loyale et obliger la juridiction requise à présumer le respect des droits fondamentaux, et notamment du droit au procès équitable, par la juridiction d'origine²⁶⁷⁰. S'agissant des décisions rendues en matière familiale, il nous semble ainsi concevable d'organiser une procédure d'*exequatur* sur requête, au cours de laquelle le juge requis pourrait relever d'office une violation manifeste de son ordre public international, et de permettre au débiteur de contester, le cas échéant, la décision accordant l'*exequatur* sur le fondement de l'ordre public international de l'État requis.

534. Restaurer la cohérence de la protection des droits fondamentaux au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. – Une telle lecture du contrôle du respect des droits fondamentaux dans le cadre d'une procédure en *exequatur* permettrait par ailleurs de contribuer à établir une certaine unité de conception de la confiance mutuelle et de la protection des droits fondamentaux non seulement entre les différents textes adoptés en matière civile, et notamment en matière familiale, mais aussi entre les différents domaines de l'espace de liberté, de sécurité et de justice²⁶⁷¹.

En effet, jusqu'à présent, l'idée selon laquelle la matière civile est moins affectée par les considérations relatives à la protection des droits fondamentaux que les autres domaines de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, a conduit à considérer que « le niveau de confiance nécessaire à la reconnaissance mutuelle dans le secteur civil est inférieur à celui requis dans le pénal »²⁶⁷² notamment. Néanmoins, il apparaît, d'une part, que la matière familiale constitue une exception dans ce domaine²⁶⁷³, et, d'autre part, que les droits fondamentaux doivent être protégés à chaque fois qu'ils sont menacés, quel que soit le domaine légal dans le cadre duquel ils le sont. Ainsi, il semble que comme en matière d'asile et de coopération judiciaire en matière pénale, la coopération judiciaire en matière civile, et notamment en matière familiale, puisse

²⁶⁶⁹ Jean-Sylvestre BERGÉ, « Le droit à un procès équitable au sens de la coopération judiciaire en matière civile et pénale : l'hypothèse d'un rapport de mise en œuvre », *op. cit.*, n° 25, pp. 267-268.

²⁶⁷⁰ En ce sens, voir Olivier DE SCHUTTER, « La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle », in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, *op. cit.*, pp. 79-121, spéc. p. 103 ; Sacha PRECHAL, « Mutual trust before the Court of Justice of the European Union », *European Papers*, vol. 2, 2017, n° 1, pp. 75-92, spéc. p. 91, [en ligne], consulté le 7 mai 2019. URL : http://www.europeanpapers.eu/it/system/files/pdf_version/EP_EJ_2017_1_7_Article_Sacha_Prechal_2.pdf.

²⁶⁷¹ Sur le constat des conceptions diversifiées de la confiance mutuelle en fonction du domaine considéré de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, voir Emmanuelle BRIBOSIA, Anne WEYEMBERGH, « Confiance mutuelle et droits fondamentaux : "back to the future" », *CDE*, 2016, n° 2, pp. 469-521 ; Henri LABAYLE, « La confiance mutuelle dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *op. cit.* ; Madalina MORARU, « "Mutual trust" from the perspective of national courts. A test in creative legal thinking », in *Mapping mutual trust : understanding and framing the role of mutual trust in EU law*, *op. cit.*, pp. 37-58, spéc. p. 37.

²⁶⁷² Emmanuelle BRIBOSIA, Anne WEYEMBERGH, *op. cit.*, p. 491.

²⁶⁷³ *Ibid.*

intégrer la protection des droits fondamentaux comme une limite au principe de confiance mutuelle aveugle²⁶⁷⁴, d'autant qu'une étude, nécessairement partielle, des arrêts emblématiques de ces deux premières matières révèle que là aussi, la protection des droits fondamentaux reste partielle.

535. Asile : l'arrêt *N. S.* – L'exemple de l'asile²⁶⁷⁵ est particulièrement éclairant étant donné qu'en cette matière l'intégration se traduit certes, sur de nombreux aspects, de manière verticale, par l'adoption de politiques communes, mais que c'est la Cour de justice qui a à la fois conceptualisé la confiance mutuelle dans ce domaine et l'a assortie d'une exception en faveur de la protection des droits fondamentaux. La Cour de justice a abordé la question de la confiance mutuelle en la matière et de la limite que constituent les droits fondamentaux dans un arrêt *N. S.*²⁶⁷⁶ dans lequel un ressortissant afghan venu au Royaume-Uni en transitant par la Grèce conteste en justice la décision des autorités britanniques de l'expulser vers la Grèce, pays qui l'avait déjà renvoyé auparavant en Turquie où il avait été détenu « dans des conditions pénibles »²⁶⁷⁷. Il invoque le risque, en cas de transfert en Grèce, de violation de ses droits fondamentaux tels que garantis par le droit de l'Union, la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention de Genève²⁶⁷⁸. La Cour doit notamment répondre aux questions de savoir « si l'État membre qui doit effectuer le transfert du demandeur d'asile vers l'État membre [...] désigné] comme responsable est tenu de vérifier le respect, par ce dernier État membre, des droits fondamentaux de l'Union »²⁶⁷⁹ et « si l'obligation pour l'État membre qui doit effectuer le transfert du demandeur d'asile, de respecter les droits fondamentaux s'oppose à l'application d'une présomption irréfragable selon laquelle l'État responsable respecte les droits fondamentaux que le droit de l'Union confère au demandeur »²⁶⁸⁰.

Après avoir constaté que le contexte de son adoption permet aux États membres de s'accorder une confiance mutuelle au regard du respect des droits fondamentaux²⁶⁸¹, elle

²⁶⁷⁴ Sur le constat d'une vision plus absolue de la confiance mutuelle en matière civile qu'en matière d'asile, voir Madalina MORARU, *op. cit.*, p. 40.

²⁶⁷⁵ Sur l'usage du principe de confiance mutuelle dans cette matière et sa critique, voir Henri LABAYLE, « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *op. cit.* ; Matthias WELLER, « Mutual trust : in search of the future of European Union private international law », *JPIL*, 2015, pp. 64-102, spéc. pp. 92-97.

²⁶⁷⁶ CJUE, Gr. ch., 21 décembre 2011, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department*, aff. jointes C-411/10 et C-493/10 ; *AJDA*, 2011, p. 2505 ; *ibid.*, 2012, p. 306, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT ; *D.*, 2012, p. 151 ; *ibid.*, p. 390, obs. O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT, K. PARROT ; *RFDA*, 2012, p. 377, chron. L. CLÉMENT-WILZ, F. MARTUCCI, C. MAYEUR-CARPENTIER ; *RTD eur.*, 2012, p. 401, obs. F. BENOÎT-ROHMER.

²⁶⁷⁷ CJUE, Gr. ch., 21 décembre 2011, *N. S.*, précité, point 35.

²⁶⁷⁸ *Ibid.*, point 40.

²⁶⁷⁹ *Ibid.*, point 70.

²⁶⁸⁰ *Ibid.*, point 71.

²⁶⁸¹ *Ibid.*, point 78.

considère que si le règlement applicable en l'espèce²⁶⁸² « imposait une présomption irréfragable de respect des droits fondamentaux, il pourrait lui-même être considéré comme remettant en cause les garanties visant à la protection et au respect des droits fondamentaux par l'Union et par ses États membres »²⁶⁸³. La Cour admet ainsi une limitation du principe de confiance mutuelle au nom de la protection des droits fondamentaux, ce qui se traduit techniquement par la possibilité de rapporter la preuve contraire s'agissant du caractère « sûr » d'un État au sens du droit de l'asile. Elle enserme cependant cette exception dans de strictes limites, saisissant l'occasion que lui donne le caractère exceptionnel de la crise du système d'accueil grec : la présomption ne saurait être renversée par toute violation d'un droit fondamental par l'État membre responsable²⁶⁸⁴, mais seulement par le constat de « défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans l'État membre responsable »²⁶⁸⁵. La confiance mutuelle n'est donc pas absolue en matière d'asile, et, dans l'optique de préserver l'effet utile du système européen de l'asile²⁶⁸⁶, le seuil fixé à partir duquel il est possible de protéger les droits fondamentaux est élevé²⁶⁸⁷. La conception de la confiance mutuelle comme une déclinaison du principe de coopération loyale distincte de la logique de contrôle des droits fondamentaux pourrait ainsi permettre de concilier, d'une part, la poursuite de politiques communes en matière d'asile se traduisant par une uniformisation des règles qui y sont applicables et, d'autre part, la protection de ces droits.

536. Matière pénale. – En matière pénale, les discussions sur la confiance mutuelle et sa limitation en faveur de la protection des droits fondamentaux sont nées de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen²⁶⁸⁸. Deux questions en particulier ont permis à la Cour de préciser ces relations : une autorité d'exécution peut-elle refuser d'exécuter un mandat d'arrêt européen lorsque le niveau de protection des droits fondamentaux prévu par son ordre juridique est plus élevé que celui qui est prévu par la Charte des droits fondamentaux de l'Union ? Une autorité d'exécution peut-elle refuser d'exécuter un mandat d'arrêt européen en cas de violation avérée ou potentielle des droits fondamentaux ?

²⁶⁸² Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JOCE, n° L 50/1, 25 février 2003.

²⁶⁸³ CJUE, Gr. ch., 21 décembre 2011, *N. S.*, précité, point 100.

²⁶⁸⁴ *Ibid.*, points 82-85.

²⁶⁸⁵ *Ibid.*, point 86.

²⁶⁸⁶ *Ibid.*, point 83 : « il en va de la raison d'être de l'Union et de la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et, plus particulièrement, du système européen commun d'asile, fondé sur la confiance mutuelle et une présomption de respect, par les autres États membres, du droit de l'Union et, plus particulièrement, des droits fondamentaux ».

²⁶⁸⁷ Sur ce point, voir Henri LABAYLE, « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *op. cit.*, n° 41-96, pp. 516-534.

²⁶⁸⁸ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres. Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la décision-cadre, JOCE, n° L 190/1, 18 juillet 2002.

537. Arrêt *Melloni*. – La première question a été abordée par la Cour dans son arrêt *Melloni*²⁶⁸⁹. En l'espèce, le Tribunal constitutionnel espagnol souhaitait maintenir le niveau de protection garanti par la Constitution espagnole en matière de révision de la condamnation en cas de jugement rendu par défaut, plus élevé que celui garanti par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il invoque pour cela l'article 53 de la Charte, qui préserve le niveau de protection des droits fondamentaux « reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention [EDH] ainsi que par les constitutions des États membres ». La Cour a considéré qu'une interprétation autorisant « de manière générale un État membre à appliquer le standard de protection des droits fondamentaux garanti par sa Constitution lorsqu'il est plus élevé que celui qui découle de la Charte [...] porterait atteinte au principe de primauté du droit de l'Union, en ce qu'elle permettrait à un État membre de faire obstacle à l'application d'actes du droit de l'Union pleinement conformes à la Charte, dès lors qu'ils ne respecteraient pas les droits fondamentaux garantis par la Constitution de cet État »²⁶⁹⁰. Une fois encore, la logique de l'intégration prime la logique substantielle de protection des droits fondamentaux, alors même que c'est de coopération judiciaire dont il est question en matière pénale. L'égalité reconnue par la Cour entre tous les États membres²⁶⁹¹ est interprétée de telle sorte qu'elle empêche une élévation vers le haut, du fait des relations horizontales qui s'établissent entre eux, de la protection des droits fondamentaux.

538. Arrêt *Aranyosi et Caldaru*. – La réponse à la seconde question était attendue, en l'absence de motif impératif de refus prévu dans la décision-cadre sur ce point, et la Cour de justice ayant une première fois évité d'y répondre²⁶⁹². La Cour a finalement jugé, dans un arrêt *Aranyosi et Caldaru*²⁶⁹³, qu'« en présence d'éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés témoignant de l'existence de défaillances soit systémiques ou généralisées, soit touchant certains groupes de personnes, soit encore certains centres de détention en ce qui concerne les conditions de détention dans l'État membre d'émission, l'autorité judiciaire d'exécution doit vérifier, de manière concrète et précise, s'il existe des motifs sérieux et avérés

²⁶⁸⁹ CJUE, 26 février 2013, *Melloni c. Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11 ; *RTD eur.*, 2013, p. 267, obs. D. RITLENG ; *ibid.*, p. 812, obs. P. BEAUVAIS ; *AJ pénal*, 2013, p. 350, obs. J. LELIEUR ; *Europe*, 2013, comm. 166, obs. F. GAZIN ; *RPDP*, 2013, p. 409, obs. B. THELLIER DE PONCHEVILLE.

²⁶⁹⁰ CJUE, 26 février 2013, *Melloni*, précité, points 56 et 58.

²⁶⁹¹ Koen LENAERTS, « La vie après l'avis : exploring the principle of mutual (yet not blind) trust », *Common Market Law Review*, 2017, vol. 54, pp. 805-840, spéc. p. 814.

²⁶⁹² Voir CJCE, 29 janvier 2013, *Radu*, aff. C-396/11 ; *RTD eur.*, 2013, p. 812, obs. P. BEAUVAIS ; *Europe*, 2013, comm. 126, obs. F. GAZIN ; *AJ pénal*, 2013, p. 287, obs. J. LELIEUR ; *RPDP*, 2013, p. 409, obs. B. THELLIER DE PONCHEVILLE. Sur ce point, voir Emmanuelle BRIBOSIA, Anne WEYEMBERGH, *op. cit.*, p. 498.

²⁶⁹³ CJUE, Gr. ch., 5 avril 2016, *Aranyosi et Caldaru*, aff. jointes C-404/15 et C-659/15 PPU ; *RTD eur.*, 2016, p. 793, obs. M. BENLOLO-CARABOT ; *Europe*, juin 2016, comm. 192, obs. F. GAZIN.

de croire que la personne concernée par un mandat d'arrêt européen émis aux fins de l'exercice de poursuites pénales ou de l'exécution d'une peine privative de liberté courra, en raison des conditions de sa détention dans cet État membre, un risque réel de traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la Charte, en cas de remise audit État membre »²⁶⁹⁴. La solution de la Cour frappe par son extrême précaution à l'égard de la confiance mutuelle et aux conditions strictes auxquelles est soumise la protection des droits fondamentaux.

539. Conclusion du paragraphe. – De ces exemples ressort nettement la disparité des conditions de la protection des droits fondamentaux au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Écrasée par le poids d'une confiance mutuelle au service de l'uniformisation et de la logique intégrative, la protection des droits fondamentaux, qui, pour l'heure, se dessine progressivement dans les interstices ouverts avec parcimonie par le législateur européen et par la Cour de justice, gagnerait sans doute en qualité, en intensité et en cohérence en étant recentrée sur la personne. C'est en ce sens que mène, dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile, l'appréhension de la reconnaissance et de l'exécution des jugements au travers du respect de la diversité des ordres juridiques nationaux, d'une part, et de l'objectif de faciliter l'accès à la justice, d'autre part. Ce cadre invite en effet à délaisser l'analyse des limites à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en termes d'entraves à la libre circulation des personnes injustifiées dans un espace judiciaire européen où règnerait la confiance mutuelle entre États membres. Il engage à considérer ces limites du point de vue de la personne dont elles préservent les droits à un double titre : elles représentent, d'une part, la garantie d'un certain équilibre procédural entre demandeur et défendeur, et, d'autre part, une transposition au contentieux international de la protection de l'individu vis-à-vis de la puissance publique étatique. Aussi, loin de remettre en cause la confiance mutuelle entre États membres, leur maintien, et la protection des droits fondamentaux qu'il implique, nous paraît propre à fonder sur une assise juridique la confiance mutuelle entre les États membres et à la réduire à la mesure sans doute plus adaptée d'un principe interprétatif, guidant l'esprit de la coopération, proche du principe de coopération loyale²⁶⁹⁵.

540. Conclusion du Chapitre. – Tandis que plus de dix ans après la dernière réforme des traités fondateurs de l'Union, le caractère central et absolu attribué à la libre circulation des personnes continue de justifier, dans les règlements adoptés, que soit soumise à sa pleine réalisation l'action européenne en matière familiale, c'est à une conclusion radicalement

²⁶⁹⁴ CJUE, Gr. ch., 5 avril 2016, *Aranyosi et Caldaru*, précité, point 104.

²⁶⁹⁵ En ce sens, voir Henri LABAYLE, « La confiance mutuelle dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *op. cit.*, pp. 160-161 ; Olivier DE SCHUTTER, *op. cit.*, *loc. cit.*

différente que nous conduit l'étude du traité de Lisbonne dont l'entrée en vigueur signe, en théorie, le passage d'une « *Europe par le droit* » à une « *Europe du droit* »²⁶⁹⁶. Dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile, et singulièrement en matière familiale, cette transition est le fait de l'assignation aux règles qui en relèvent de l'objectif de faciliter l'accès à la justice. La construction de l'espace judiciaire européen est ainsi dorénavant affectée, en droit primaire, à la garantie des droits des parties à un litige intra-européen, de la saisine d'une juridiction à l'exécution de la décision. Une nouvelle articulation des composantes de l'espace de liberté, de sécurité et de justice émerge ainsi, puisque, désormais, seule la nécessité d'une telle construction s'explique par la mise en œuvre parallèle de la libre circulation des personnes. C'est alors à une conception profondément renouvelée de la réglementation européenne en matière familiale que conduit un tel constat. En découle, dans le cadre de l'instance directe, une simple exigence de coordination des règles de compétence internationale aussi bien que de conflit de lois, dont l'enjeu principal réside dans la gestion des cas de compétences concurrentes. Dans le cadre de l'instance indirecte, l'analyse conforte la nécessité de soumettre l'effet des jugements européens à un contrôle au regard de l'ordre public international de l'État membre requis. De ces conditions, qui garantissent l'équilibre des droits entre les plaideurs et une coopération concrète entre les juridictions des États membres, nous paraissent dépendre la construction d'un espace judiciaire européen fondé sur la confiance mutuelle entre États membres, et, en définitive, la mise en œuvre pérenne du principe de reconnaissance mutuelle des décisions.

²⁶⁹⁶ Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, « Le défi de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, pp. 581-599, spéc. p. 587. C'est l'auteure qui souligne. Sur l'étude de l'intégration européenne comme un phénomène juridique, voir également Renaud DEHOUSSE, « L'Europe par le droit : plaider pour une approche contextuelle », *Politique européenne*, 2000, pp. 63-83.

CONCLUSION DU TITRE

541. La Cour de justice affirme la primauté du droit de l'Union en se fondant sur une lecture moniste des rapports entre l'ordre juridique européen en construction et les ordres juridiques nationaux. C'est pourtant le choix d'une organisation pluraliste, déterminant les conditions et les limites de la *relevance* de chacun de ces ordres juridiques pour les autres, qui ressort de l'examen du droit primaire et de l'étude de l'organisation concrète de la construction européenne. Cette démonstration permet de mettre en évidence les différences qui séparent, en termes de respect de la diversité des ordres juridiques nationaux et de poursuite de la libre circulation des personnes, la conception de la construction du marché intérieur de celle du développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Elle conduit à constater qu'en l'état des traités, ce n'est pas seulement la précocité de la mise en place d'un espace judiciaire européen uniforme qui est contestable. C'est l'atteinte qu'elle porte au fondement même de sa construction ainsi qu'à son objectif, fortement négligé en droit positif, de faciliter l'accès à la justice du demandeur et du défendeur dans les litiges intra-européens qui commande de remettre en cause les modalités actuelles de réglementation du droit international privé de la famille européen.

Aussi, l'action européenne en la matière telle qu'elle ressort des traités apparaît bien plus modeste. En matière de compétence internationale comme en matière de conflit de lois et de reconnaissance et d'exécution des décisions, elle relève bien plus de « *stratégies de l'entente* »²⁶⁹⁷, et donc de la coordination, que de « *stratégies de l'identité* »²⁶⁹⁸, et donc de l'uniformisation. Comme le fait valoir Charalambos Pamboukis, « la coordination [...] ne constitue pas un procédé d'unification mais d'organisation de la diversité. La coordination implique l'entente dans le respect de la différence »²⁶⁹⁹. C'est l'adoption de règles de conflit *lato sensu* – qui organiseraient les relations entre les différents systèmes de droit international privé nationaux – et non de règles uniformes – qui en aboliraient les différences – qu'autorisent ainsi les traités. La simplicité n'est sans doute pas la qualité principale d'un tel système²⁷⁰⁰ et il ne s'agit pas ici de nous prononcer de manière absolue sur sa pertinence pour régler les relations familiales internationales au sein de l'Union européenne ; elle se discute aisément. Le constat des conditions et limites fixées par les traités s'imposent cependant à l'issue de ce titre ;

²⁶⁹⁷ Charalambos P. PAMBOUKIS, « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *RCADI*, vol. 330, 2008, n° 15, p. 43. C'est l'auteur qui souligne.

²⁶⁹⁸ *Ibid.*

²⁶⁹⁹ *Op. cit.*, n° 15, p. 42.

²⁷⁰⁰ Sur la complexité des « stratégies de l'entente », voir *op. cit.*, n° 15, p. 43.

il nous appartient dès lors d'en tirer toutes les conséquences sur les modalités de réglementation du droit international privé de la famille.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

542. Conscientes des faiblesses de la construction de l'espace judiciaire européen depuis le traité d'Amsterdam, les institutions européennes, soutenues en ce sens par une majorité de la doctrine, considèrent que le traité de Lisbonne est venu, sinon ratifier *a posteriori*, du moins expliciter et confirmer la lecture adoptée antérieurement des stipulations relatives à la coopération judiciaire en matière civile, et notamment familiale. C'est ainsi que l'observateur a pu assister à l'accélération du processus initié par l'adoption du règlement « Bruxelles II » sur le fondement d'une approche compréhensive de la confiance mutuelle que les États membres sont présumés s'accorder et de son rôle de garante de l'unité du droit de l'Union. Cette vision d'une confiance aveugle détermine les deux orientations principales du processus de formation de l'espace judiciaire européen. Horizontalement, elle commande de présumer l'équivalence des systèmes judiciaires et des justices rendues par les États membres et ainsi de construire un espace uniforme ; verticalement, elle bénéficie de la protection du principe de primauté, censé « garantir la spécificité d'une relation horizontale entre États membres »²⁷⁰¹.

Une telle approche est toutefois contestable à la fois du point de vue de l'examen de ses fondements immédiats et de celui de ses résultats. L'allègement drastique comme la suppression de l'*exequatur*, en vertu d'un principe de reconnaissance mutuelle des décisions fondé sur une telle confiance aveugle, ne reposent sur aucune garantie tangible, si bien qu'elles sacrifient les droits des parties sur l'autel d'une efficacité sans rapport avec l'objet de la coopération judiciaire en matière familiale. Par ailleurs, l'uniformité poursuivie ne parvient pas à convaincre la totalité des États membres, de sorte que le morcellement de l'espace judiciaire européen est de plus en plus poussé, du fait d'un procédé d'élaboration des textes se rapprochant toujours plus du « sur-mesure » pour les États²⁷⁰² et d'une remise en cause désormais pleinement assumée par les cours suprêmes nationales de la primauté du droit de l'Union en matière de protection des droits fondamentaux.

²⁷⁰¹ Édouard DUBOUT, « La primauté du droit de l'Union et le passage au pluralisme constitutionnel », *RTD eur.*, 2018, pp. 563-586, spéc. p. 578.

²⁷⁰² Estelle Gallant constatait naguère que le droit international privé de l'Union en matière alimentaire, par le recours à l'autonomie de la volonté et par la définition de règles se voulant pragmatiques et adaptées à la situation concrète de chaque créancier d'aliments, constituait « du sur-mesure pour les plaideurs » (Estelle GALLANT, « Le nouveau droit international privé alimentaire de l'Union : du sur-mesure pour les plaideurs », *Europe*, février 2012, étude 2, pp. 4-10). Ces procédés ayant été destinés, dans le cadre de la coopération judiciaire en matière familiale, à faciliter l'adhésion des États membres aux règles uniformes, il est intéressant de constater que leur usage a au contraire conduit, seulement quelques années plus tard, à transposer cette même logique particulariste aux États membres désireux de protéger leurs conceptions nationales des risques auxquels les expose en particulier la volonté des plaideurs.

543. Devant ce constat, un retour aux textes de droit primaire s'imposait afin d'examiner, libre de toute tentation conservatrice de protection de l'acquis communautaire, l'orientation donnée par les traités au développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et en particulier de la coopération judiciaire en matière familiale.

Il est apparu que l'ordre juridique de l'Union en construction repose sur une conception fondamentalement pluraliste des rapports qu'il entretient avec les ordres juridiques nationaux et qui sont définis par la détermination des conditions et des limites de la *relevance* que chacun de ces ordres accorde aux autres. Or, ces conditions et ces limites sont nettement différentes dans le cadre du marché intérieur et dans celui de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Dans le premier espace, le respect de la diversité des ordres juridiques est considéré comme une entrave, menant à rechercher l'uniformisation des règles. Dans le second, il se présente comme une condition à laquelle doivent se conformer les mesures adoptées dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile et qui s'impose encore plus strictement en matière familiale. Dès lors, en l'état des traités, la construction de l'espace judiciaire européen, en particulier en matière familiale, ne peut prétendre à l'uniformité sans heurter gravement ses fondements.

Au surplus, l'approche de la construction européenne en termes de conditions et de limites de la *relevance* que s'accordent les ordres juridiques impliqués conduit à prendre conscience de l'affectation d'un objectif spécifique à la coopération judiciaire en matière civile. C'est ainsi pour faciliter l'accès à la justice du demandeur et du défendeur dans les litiges intra-européens que des mesures peuvent être adoptées sur le fondement du principe de reconnaissance mutuelle des décisions. Dès lors, à l'uniformisation menée actuellement paraissent devoir se substituer des méthodes de coordination qui préserveraient les systèmes de droit international privé des États membres tout en accompagnant effectivement la mise en œuvre de la libre circulation des personnes que l'Union s'est donnée pour mission d'assurer. Il ne s'agit donc pas de régir directement la compétence internationale des tribunaux des États membres, mais d'assurer la résolution des conflits négatifs comme des conflits positifs entre juridictions d'États membres différents. De même, une telle coordination ne nécessite pas l'adoption de règles uniformes de conflit de lois, mais, plus modestement, d'une règle permettant de désigner un seul et même système de droit international privé quelle que soit la juridiction nationale saisie. Enfin, si l'efficacité des décisions ne souffre pas des limites auxquelles sont soumises la compétence internationale et le conflit de lois, la réglementation en la matière reste conditionnée par le respect de la diversité des traditions et systèmes juridiques nationaux et orientée vers un accès à la justice des deux parties, si bien qu'une suppression absolue de l'*exequatur* ne paraît pas envisageable. La protection des droits du défendeur à la reconnaissance comme celle de

l'identité constitutionnelle des États membres semblent imposer le maintien d'un contrôle minimum au stade de l'effet des jugements.

544. Recommander l'abandon de la conception uniforme qui domine la matière jusqu'à présent s'impose à l'issue d'une analyse rationnelle de la réglementation européenne du droit international privé de la famille au regard du principe de cohérence. La démarche peut malgré tout paraître constituer, vis-à-vis de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, une régression malvenue tant les institutions et la doctrine s'accommodent aujourd'hui de la poursuite de l'objectif de libre circulation des personnes. Certes, les propositions formulées visent moins, conformément à la lettre et à l'esprit des traités, à atteindre la libre circulation des personnes qu'à accompagner sa mise en œuvre. Elles respectent pourtant la progressivité de la construction européenne à laquelle elles assurent, dans leur domaine, des fondements plus solides tandis que l'édifice vacille.

CONCLUSION GÉNÉRALE

545. À l'aube d'une nouvelle décennie, se retournant sur vingt ans d'élaboration du droit international privé de la famille européen, l'observateur est fondé à se demander quel en sera l'avenir. Trois directions semblent s'offrir à l'analyse prospective.

L'approfondissement, tout d'abord, constitue sans doute la moins réaliste des hypothèses. Pour l'heure, rien, en effet, dans les projets publiés par les institutions européennes²⁷⁰³, ne laisse entrevoir l'adoption d'un nouveau texte en la matière. Les principaux chantiers ouverts sont destinés à répondre aux crises multiples auxquelles l'Union européenne doit aujourd'hui faire face : crise climatique, crise de l'accueil, crise démocratique, crise de la démocratie libérale, désormais crise sanitaire, et bientôt, à nouveau, crise économique et sociale. Par ailleurs, dans les principaux domaines qui restent en dehors du champ du droit international privé de la famille de l'Union, *i.e.* le mariage et la filiation, les divergences de conceptions entre les États membres sont trop importantes pour faire l'objet d'une réglementation au niveau européen, alors même qu'elles grèvent celle qui a d'ores et déjà été adoptée.

L'amélioration de l'existant, ensuite, semble être le chemin vers lequel se dirigent les institutions européennes et sur lequel se concentre la doctrine. Plusieurs actions pourraient être menées en ce sens, de l'amendement marginal destiné à accroître la qualité des textes, à la codification du droit international privé de la famille européen. Cette dernière éventualité supposerait, afin « de dégager des principes communs à cet ensemble de règlements »²⁷⁰⁴, un certain travail de mise en cohérence, dont les promoteurs seront vraisemblablement déçus par les conclusions de cette étude.

L'analyse du droit international privé de la famille européen à l'aune du principe de cohérence dessine en effet une dernière perspective à traités constants, celle de la remise en cause de l'existant. Cette conclusion résulte d'un double constat : d'une part, l'inadéquation des moyens utilisés aux fins poursuivies, et d'autre part, le rejet que suscite, de la part des États

²⁷⁰³ Aucun développement n'est consacré à la coopération judiciaire en matière civile, et notamment familiale, dans les documents publiés par les institutions européennes présentant leurs actions dans les années à venir. Voir notamment Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, Programme de travail de la Commission pour 2020. Une Union plus ambitieuse, 29 janvier 2020, COM(2020) 37 final ; Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, Remaniement du programme de travail de la Commission pour 2020, 27 mai 2020, COM(2020) 440 final ; Conseil européen, Un nouveau programme stratégique 2019-2024, [en ligne], consulté le 6 juillet 2020. URL : <https://www.consilium.europa.eu/media/39916/a-new-strategic-agenda-2019-2024-fr.pdf>.

²⁷⁰⁴ Paul LAGARDE, « Réflexions conclusives », in *Vers un statut européen de la famille*, Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon (dir.), Dalloz, 2014, pp. 267-276, spéc. p. 268. L'auteur précise que « [l]a démarche serait assez voisine de celle entreprise depuis quelques années à Toulouse par Sylvaine Peruzzetto [...] qui consistait à rechercher, à partir de l'ensemble des règlements en matière civile et commerciale, les bases d'un Code européen de droit international privé ».

membres, le caractère uniforme de la construction d'un espace judiciaire européen, incompatible avec les fondements et l'objectif de cette construction tels qu'ils résultent des traités. L'ensemble de ces éléments commande une réflexion renouvelée sur les modalités de la réglementation européenne.

546. Comparer la formation du droit international privé de la famille européen et celle qu'a précédemment connue le statut personnel a permis de mettre en évidence la logique spécifique à laquelle répond la matière restructurée autour de l'objectif de libre circulation des personnes.

Le statut personnel repose sur une théorie de la personne juridique définie à partir de son essence ; c'est afin d'assurer la protection de son identité dans les relations familiales internationales qu'a été assigné un objectif de permanence abstraite à cette catégorie. Supposant un lien fort entre l'individu et l'État, celle-ci a longtemps été rattachée au critère de la nationalité. La prise en compte de considérations migratoires a cependant progressivement altéré la signification de la règle de conflit et affaibli l'importance du lien unissant l'individu à l'État dans la détermination du rattachement au profit du milieu de vie de l'intéressé. C'est dès lors dans l'étude de l'évolution du droit international privé de la famille commun qu'il est possible d'apercevoir les prémices de la construction européenne en la matière.

Le droit international privé de la famille européen étant destiné à assurer le franchissement des frontières entre États membres, l'affaiblissement du lien entre l'État et l'individu a en effet été perçu comme un enjeu crucial. Dans le cadre de la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions, il a présidé, par une altération des compétences attribuées à l'Union, au choix de l'uniformisation des règles de conflit de lois et de compétence internationale, qu'est censé favoriser le recours à des rattachements souples. Il est pourtant apparu non seulement que l'uniformisation des règles de conflit de lois et de compétence internationale ne constitue pas une condition de la reconnaissance mutuelle des décisions, mais aussi que le choix de critères de rattachement souples est inapte à réunir le consensus recherché afin de faire effectivement advenir l'uniformisation. C'est donc, dans un premier temps, la justification des mesures adoptées au regard des fins qu'elles poursuivent qui fait défaut.

547. La déconstruction méthodologique du droit international privé de la famille européen ne peut toutefois s'en tenir à cette seule observation. L'étude de sa réglementation à l'aune du principe de cohérence a en effet permis de faire ressortir l'incompatibilité du fondement et de l'objectif invoqués, *de lege lata*, avec les stipulations des traités. Au-delà de la rationalité et du sens de la matière, c'est alors plus largement l'équilibre structurel de la construction européenne qui se révèle précaire.

L'assignation au droit international privé de la famille européen de l'objectif de libre circulation des personnes et l'uniformisation des règles de conflit de lois et de compétence internationale résultent de la dépendance vis-à-vis du marché intérieur dans laquelle l'espace de liberté, de sécurité et de justice continue d'être placé par les institutions européennes après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. L'adoption d'une telle conception provoque dès lors une confusion entre espace sans frontières intérieures – qui repose sur la mise en œuvre de la libre circulation des personnes prévue par les traités – et espace judiciaire européen uniforme – alors même que le droit primaire n'envisage que la coopération des autorités judiciaires, et non leur assimilation progressive conduisant à leur fusion dans un espace indifférencié. Cette confusion s'incarne dans la mise en œuvre d'un principe de reconnaissance mutuelle des décisions reposant sur la perception d'une équivalence des systèmes judiciaires des États membres. Fondé sur une confiance mutuelle non éprouvée, il emporte dès lors la disparition progressive ou immédiate de l'*exequatur*, et de ce fait du contrôle de la décision au regard de l'ordre public international du for de la reconnaissance.

Une telle entreprise achoppe à des difficultés majeures qui la fragilisent et complexifient considérablement son aboutissement. Elle néglige les droits fondamentaux des justiciables dans le contentieux familial international et accorde une place restreinte aux conceptions nationales en matière familiale. Partant, la construction d'un espace judiciaire européen uniforme est désormais sensiblement compromise par les réserves nationales qui s'expriment, dans le cadre de l'élaboration comme de l'application des règlements européens, afin d'obvier à ces deux phénomènes. Se multiplient ainsi les textes adoptés dans le cadre d'une coopération renforcée impliquant une partie des États membres et les dispositions réglementaires destinées à la protection d'une spécificité nationale donnée. C'est cependant du dialogue des juges, par voie préjudicielle, que transparaît la remise en cause la plus vigoureuse d'une telle construction. Les cours constitutionnelles nationales n'hésitent à rejeter, en récusant la vision d'une confiance mutuelle absolue entre les États membres, ni la conception uniforme de l'espace judiciaire européen, ni la primauté du droit de l'Union, qu'elles enserrent dans les strictes limites du respect de leurs identités constitutionnelles nationales incluant celui des droits fondamentaux. Aussi, l'espace judiciaire européen se développe péniblement à partir d'une injonction contradictoire à l'uniformité particulariste dont l'impossible satisfaction déstabilise profondément la construction européenne en l'inscrivant durablement dans un climat de contestation, bien loin de la coopération prévue par les traités.

548. Cette conjoncture trouve sa source dans la modification de la nature juridique de l'Union qui résulte de la transposition de l'objectif de libre circulation du marché intérieur à l'ensemble des composantes de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et de la lecture

extensive des compétences à laquelle elle a conduit. Une telle transposition, comme l'uniformité recherchée de l'espace judiciaire européen, sont cependant amplement remises en cause par une analyse de l'aménagement, en droit primaire, des rapports entre ordre juridique de l'Union en construction et ordres juridiques des États membres. Les traités sont en effet porteurs d'une organisation pluraliste et déterminent les conditions et les limites de la relevance que chaque ordre juridique accepte de donner aux autres ordres impliqués. Or, celles-ci diffèrent d'un espace à l'autre. Au sein du marché intérieur, le respect de la diversité des traditions et systèmes juridiques nationaux ne s'impose ainsi à aucun titre, tandis que lui est subordonnée la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Au sein de ce dernier espace, cependant, les traités distinguent à nouveau en fonction du domaine concerné, les conditions de la relevance étant bien plus lâches à l'égard des contrôles aux frontières, de l'asile et de l'immigration – domaines dans lesquels est poursuivie une politique commune – qu'à celui de la coopération judiciaire, en matière civile comme en matière pénale. Enfin, dans l'espace judiciaire civil européen, la procédure spéciale à laquelle l'article 81 § 3 TFUE soumet la matière familiale renforce la condition de respect des traditions et systèmes juridiques nationaux en imposant un vote à l'unanimité au Conseil et en retirant au Parlement européen, simplement consulté, sa qualité ordinaire de codécisionnaire.

549. D'une analyse de la construction européenne en termes de relevance se dégage également l'altérité des objectifs respectivement poursuivis par les traités au sein du marché intérieur et de l'espace judiciaire européen. En vertu de l'article 61 § 4 TFUE, la construction de ce dernier espace doit faciliter l'accès à la justice. S'agissant de la coopération *judiciaire* en matière familiale, ce sont ainsi la possibilité de faire entendre sa cause, la garantie des libertés et la protection des droits fondamentaux qui doivent être assurés, de l'accès aux tribunaux d'un État membre à la reconnaissance ou à l'exécution effective de la décision rendue dans un autre État membre, au demandeur comme au défendeur, dans les litiges familiaux transfrontières. Ces litiges, plutôt que d'être définis par la détermination d'un élément d'extranéité, semblent pouvoir être appréhendés à partir de l'implication de « rouages »²⁷⁰⁵ d'ordres juridiques d'États membres différents.

La prise en compte des fondements et de l'objectif de la coopération judiciaire en matière familiale tels qu'ils résultent des traités commande la redéfinition de la réglementation en droit dérivé dans une perspective bien moins intégrationniste. En matière de compétence internationale, la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions implique d'agir pour prévenir le risque de déni de justice européenne, par l'adoption d'une règle

²⁷⁰⁵ Pierre MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. 327, 2003, pp. 1-378, spéc. n° 65, p. 81.

prévoyant un *forum necessitatis*, et pour gérer les cas de compétences concurrentes, dans la perspective de lutter à la fois contre le *forum shopping* et contre le conflit de décisions. C'est également pour lutter contre le *forum shopping* que s'impose la coordination des règles nationales de conflit de lois. Seules importent alors la prévisibilité et la stabilité d'un État membre à l'autre du système de conflit de lois qui s'appliquera à une question déterminée ; ces objectifs peuvent être atteints par l'adoption d'une règle de conflit qui déterminera, sur le modèle du for de raisonnement proposé par Georges Droz, le système national de droit international privé qui a des titres significatifs à s'appliquer. En matière de reconnaissance et d'exécution des décisions enfin, la relavorisation des droits du défendeur, à la fois par rapport à ceux du demandeur et vis-à-vis de la puissance publique – dont il est indifférent, à l'égard de la protection de ses droits, qu'elle soit nationale ou étrangère –, conduit à envisager le maintien ou le retour d'un contrôle de la décision rendue par un autre État membre au regard de l'ordre public international du for. La conception d'une confiance mutuelle éprouvée sur laquelle reposerait un tel mécanisme serait par ailleurs de nature à instaurer une certaine cohérence de la protection des droits fondamentaux entre l'ensemble des domaines de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. L'adoption de mesures en ce sens paraît plus conforme que ne l'est la réglementation actuelle au cadre normatif déterminé par les traités en matière familiale, dont la définition relève d'un arbitrage politique effectué par les États membres au moment de l'adoption des traités, qu'il n'appartient pas aux institutions européennes de remettre en cause.

550. « Rien de trop ». C'est, en définitive, à partir de cet autre précepte gravé sur le fronton du temple de Delphes qu'une analyse à l'aune du principe de cohérence appelle à repenser la construction du droit international privé de la famille européen. Conduire une réflexion en ce sens constitue désormais un enjeu crucial, comme l'a naguère sévèrement rappelé l'actualité juridique²⁷⁰⁶. Il en va à la fois du sens de la matière, de l'équilibre des relations entre l'Union européenne et ses États membres, et de la pérennité de la construction européenne. Une telle conclusion pourrait emporter un certain pessimisme, si l'on concédait au poète la vanité d'un adage « [d]ont on parle sans cesse, et qu'on n'observe point »²⁷⁰⁷. Il est vrai que, si les appels à la cohérence du droit de l'Union européenne se multiplient et si le principe de cohérence tend à se voir reconnaître une place dans les analyses doctrinales comme en droit positif, la conduite d'un tel examen et la mise en œuvre des conséquences susceptibles d'en être tirées supposent,

²⁷⁰⁶ Sur ce point, voir *supra*, n° 423, nos développements sur l'arrêt *BCE* (BVerfG, 5 mai 2020, 2 BvR 859/15 *et al.*) dans lequel le Tribunal constitutionnel fédéral allemand refuse de se considérer lié par l'interprétation des traités européens retenue par la Cour de justice de l'Union dans une décision qu'il considère rendue *ultra vires*.

²⁷⁰⁷ Jean DE LA FONTAINE, « Rien de trop », *Fables*, Livre IX, Fable 11, Éditions de la Fontaine au Roi, 1988, 467 p., spéc. p. 344 : « Rien de trop est un point / Dont on parle sans cesse et qu'on n'observe point ».

à n'en pas douter, une volonté politique forte, dont il faut bien admettre qu'elle n'est, pour l'heure, pas encore advenue.

BIBLIOGRAPHIE

Le style de citation et la ponctuation des références en langue étrangère a été aligné sur ceux des références en langue française.

I. Ouvrages généraux, traités, manuels

ALEDO Louis-Antoine, *Droit international public*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2014, 176 p.

ANCEL Bertrand, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Éditions Panthéon-Assas, 2017, 624 p.

ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006, 814 p.

AUDIT Bernard, D'AVOUT Louis, *Droit international privé*, LGDJ, 2018, 1213 p.

BARTIN Étienne, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, t. I, Montchrestien, 1930, viii-634 p.

BARTIN Étienne, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Domat-Montchrestien, t. II, 1932, 522 p.

BATIFFOL Henri, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, réed., 2002, 346 p.

BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, *Traité de droit international privé*, t. I, LGDJ, 8^{ème} éd., 1993, 656 p.

BELLIVIER Florence, *Droit des personnes*, LGDJ, 2015, 288 p.

BERGÉ Jean-Sylvestre, ROBIN-OLIVIER Sophie, *Droit européen. Union européenne, Conseil de l'Europe*, PUF, 2^{ème} éd., 2011, xx-540 p.

BERGEL Jean-Louis, *Méthodologie juridique. Fondamentale et appliquée*, PUF, 3^{ème} éd., 2018, xix-475 p.

BLANQUET Marc, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 11^{ème} éd., 2018, 1036 p.

BLUMANN Claude, DUBOIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2019, xv-1039 p.

BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Le droit international privé*, PUF, 2009, 128 p.

BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, t. I, PUF, 4^{ème} éd., 2017, xvi-793 p.

BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, t. II, PUF, 4^{ème} éd., 2017, 761 p.

CLERGERIE Jean-Louis, GRUBER Annie, RAMBAUD Patrick, *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2018, xx-1088 p.

COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, Sirey, 7^{ème} éd., 2017, xiv-586 p.

DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Droit international public*, Dalloz, 14^{ème} éd., 2018, 956 p.

- FENOUILLET Dominique, *Droit de la famille*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2019, vi-627 p.
- FOELIX Jean-Jacques Gaspard, *Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, t. I, Librairie A. Marescq, 4^{ème} éd., 1866, 512 p.
- GÉNY François, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. II, LGDJ, 1919, 422 p.
- GÉNY François, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. I, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1913, xiv-212 p.
- GÉNY François, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. IV, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1924, xxiii-265 p.
- GRAULICH Paul, *Principes de droit international privé*, Dalloz, 1961, 216 p.
- HART Herbert Lionel Adolphus, *Le concept de droit*, traduction française, Michel van de Kerchove, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 2^{ème} éd., 2005, 344 p.
- JACQUÉ Jean-Paul, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2018, 854 p.
- KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, traduction française de la deuxième édition de la *Reine Rechtslehre*, Charles Eisenmann, LGDJ, Bruylant, 1999, 367 p.
- LAFERRIÈRE Firmin, *Histoire du droit français*, t. IV, Cotillon, 1852-1853, x-588 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*, t. I, Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, 1888, xxi-433 p.
- LAURENT François, *Droit civil international*, 8 vol., Bruxelles, Paris, Bruylant-Christophe & C^{ie}, Librairie A. Marescq, 1880-1881.
- LOUIS Jean-Victor, RONSE Thierry, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Genève, Bâle, Munich, Bruxelles, Paris, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, LGDJ, 2005, 458 p.
- LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal, *Droit international privé*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2013, 1170 p.
- MALAUZIE Philippe, *Les personnes. Les incapacités*, Defrénois, 3^{ème} éd., 2007, 356 p.
- MAYER Pierre, HEUZÉ Vincent, RÉMY Benjamin, *Droit international privé*, LGDJ, Lextenso, 12^{ème} éd., 2019, 790 p.
- MEIJERS Eduard Maurits, *Études d'histoire du droit international privé ; I - Contribution à l'histoire du droit international privé et pénal en France et dans les Pays-Bas aux XIII^{ème} et XIV^{ème} siècles. II - Nouvelle contribution à la formation du principe de réalité*, traduction Pierre-Clément Timbal, Josette Metman, Éditions du CNRS, 1967, 8°-178 p.
- NIBOYET Jean-Paulin, *Traité de droit international privé français*, t. III, Sirey, 1944, 679 p.

- NIBOYET Jean-Paulin, *Traité de droit international privé français*, t. V, Sirey, 1947, 655 p.
- NIBOYET Marie-Laure, DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, *Droit international privé*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2017, 756 p.
- PESCATORE Pierre, *Le droit de l'intégration*, Bruxelles, Bruylant, réimp., 2005, 100 p.
- PESCATORE Pierre, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 334 p.
- PILLET Antoine, *Principes de droit international privé*, Pedone, 1903, xii-586 p.
- PROUDHON Jean-Baptiste-Victor, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil*, t. I, Dijon, Paris, Victor Lagier, Joubert, 3^{ème} éd., 1842, xiv-562 p.
- RAWLS John, *A Theory of Justice*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1971, traduction Catherine Audard, Le Seuil, 1987, 666 p.
- RIGAUX François, *Droit international privé*, t. I, Bruxelles, Larcier, 2^{ème} éd., 1987, xc-386 p.
- ROMANO Santi, *L'ordre juridique*, traduction française de la deuxième édition de l'*Ordinamento giuridico*, Lucien François, Pierre Gothot, Dalloz, 2002, 174 p.
- ROUBIER Paul, *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, rééd. 2008, viii-592 p.
- SCELLE Georges, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Dalloz, rééd., 2008, xv-342 p.
- SIMON Denys, *Le système communautaire*, PUF, 3^{ème} éd., 2001, 779 p.
- TERRÉ François, FENOUILLET Dominique, *Droit civil. Les personnes*, Précis, Dalloz, 8^{ème} éd., 2012, 934 p.
- VON SAVIGNY Friedrich Carl, *Traité de droit romain*, t. 8, traduction Guenoux, Librairie de Firmin Didot Frères, Fils et Cie, 2^{ème} éd., 1860, 413 p.
- WEISS André, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, L. Larose & L. Tenin, 1892, t. 1, 756 p.

II. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

- AARNIO Aulis, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, traduction française Geneviève Warland, Bruxelles, Paris, E. Story-Scientia, LGDJ, 1992, 303 p.
- ANCEL Bertrand, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Dalloz, 1977, 601 p.
- AUDIT Bernard, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, xiii-477 p.
- BAILLEUX Antoine, DUMONT Hugues, *Le pacte constitutionnel européen. Tome 1, Fondements du droit institutionnel de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 562 p.
- BALANDIER Georges, *Le Désordre. Éloge du mouvement*, Fayard, 1988, 252 p.

BARAV Ami, *La fonction communautaire du juge national*, th. dactyl., Strasbourg, Université Robert Schuman, 1983, 612 p.

BATIFFOL Henri, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, Sirey, 1929, 320 p.

BATIFFOL Henri, *Les conflits de lois en matière de contrats. Étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, 500 p.

BATIFFOL Henri, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, 519 p.

BEAUD Olivier, *Théorie de la Fédération*, PUF, 2^{ème} éd., 2009, 447 p.

BELLOS Dimitri, *L'interprétation du droit international conventionnel et le principe de l'effet utile des traités*, thèse dactyl., Université de Paris, 1953, 183 p.

BERTRAND-MIRKOVIC Aude, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, 472 p.

BILLARANT Serge, *Le caractère substantiel de la réglementation des successions internationales*, Dalloz, 2004, xvi-526 p.

BONIFAY Emmanuelle, *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé. Contribution à l'édification d'un espace de liberté, sécurité et justice*, Institut universitaire de Varenne, 2017, xvi-495 p.

BONNET Baptiste, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso éditions, 2013, 208 p.

BONOMI Andrea, WAUTELET Patrick, *Le droit européen des successions*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 2016, 1066 p.

BORCAN Daniela, CIURUC Manuela, *Nouveau Code civil roumain. Traduction commentée*, Juriscope, Dalloz, 2013, 748 p.

BOULOUIS Jean, CHEVALLIER Roger-Michel, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, t. I, Dalloz, 5^{ème} éd., 1991, 470 p.

BRIBOSIA Hervé, *Les coopérations renforcées : quel modèle d'intégration différenciée pour l'Union européenne. Analyse comparative du mécanisme général de la coopération renforcée, du projet de coopération structurée permanente en matière de défense, et de la pratique d'autres coopérations renforcées « prédéterminées » en matière sociale, au sein de l'Espace de liberté, sécurité et justice, et dans l'Union économique et monétaire*, th. dactyl., Florence, Institut universitaire européen, 2007, 606 p.

CALEB Marcel, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Sirey, 1927, xii-490 p.

CHALAS Christelle, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, 2 tomes, 753 p.

COCTEAU-SENN Delphine, *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois*, th. dactyl., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2001, 561 p.

COMPAIN Adrien, *La cohérence du droit judiciaire européen en matière civile et commerciale*, th. dactyl., Université de Nantes, 2012, 624 p.

CORNUT Étienne, *Théorie de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, 2006, x-511 p.

COURBE Patrick, *Essai sur les objectifs temporels des règles de droit international privé*, th. dactyl., Université de Rouen, 1977, Service de reproduction des thèses de l'Université des sciences sociales de Grenoble, 705 p.

COUTU Michel, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, Québec, LGDJ, Presses universitaires de Laval, 1995, 258 p.

DE LA FONTAINE Jean, *Fables*, Éditions de la Fontaine au Roi, 1988, 467 p.

DE ROQUETTE-BUISSON Pierre, *Du principe des nationalités : étude de droit international public*, Imprimerie Jousset, 1895, 220 p.

DE VISSCHER Charles, *Théories et réalités en droit international public*, Pedone, 4^{ème} éd., 1970, 450 p.

DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, 304 p.

DIONISI-PEYRUSSE Amélie, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Defrénois, 2008, xiv-436 p.

DUBOIS Charlotte, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, LGDJ, 2016, xiii-525 p.

DUBOS Olivier, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz, 2001, 1015 p.

DWORKIN Ronald, *Law's empire*, Londres, Fontana, 1986, xiii-470 p.

ELGEDDAWY Kessmat, *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*, Dalloz, 1971, xii-295 p.

ESCHYLE, *Les Euménides*, traduction Charles-Marie Leconte de Lisle, Alphonse Lemerre, 1872, pp. 275-318.

FABRIES-LECEA Eugénie, *Le règlement « insolvabilité » : Apport à la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 612 p.

FADLALLAH Ibrahim, *La famille légitime et le droit international privé (Le domaine de la loi applicable aux effets du mariage)*, Dalloz, 1977, ix-393 p.

FAHMY Mohamed Kamal, *Le conflit mobile de lois en droit international privé*, th. dactyl., Université de Paris, 1951, 260 p.

FARGE Michel, *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, L'Harmattan, 2003, 854 p.

FREUND Julien, *Études sur Max Weber*, Genève, Paris, Librairie Droz, 1990, 274 p.

FULLI-LEMAIRE Samuel, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, th. dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 2017, 498 p.

GANNAGÉ Léna, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, LGDJ, 2001, xiv-382 p.

GAUDEMET-TALLON Hélène, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2015, 978 p.

GAVALDA Christian, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Sirey, 1955, xii-431 p.

GLENN H. Patrick, *La capacité de la personne en droit international privé français et anglais*, Dalloz, 1975, xv-284 p.

GRARE Clothilde, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, 2005, xiii-436 p.

GRAVESON Ronald Harry, *Status in the common law*, Londres, Athlone Press, 1953, xxiv-151 p.

GUILLARD Christine, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, xvi-619 p.

GUILLAUMÉ Johanna, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, LGDJ, 2011, xiii-576 p.

GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2000, xi-520 p.

HÉSIODE, *La Théogonie*, traduction Henri Patin, Typographie Georges Chamerot, 1872, 32 p.

HEUZÉ Vincent, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, GLN Joly, 1990, viii-392 p.

HEYMANN Jérémie, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, 2010, xviii-423 p.

HO-DAC Marion, *La loi du pays d'origine en droit de l'Union européenne. Analyse sous l'angle du droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2012, xii-639 p.

HOMÈRE, *Hymnes*, traduction française Charles-Marie Leconte de Lisle, Alphonse Lemerre, 1868, pp. 377-456.

HOUTCIEFF Dimitri, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, t. I, 559 p.

HUNTER-HÉNIN Myriam, *Pour une redéfinition du statut personnel*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, 601 p.

IONESCU Raluca Nicoleta, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, xxiii-585 p.

JEAUNEAU Adeline, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne. Essai de systématisation*, LGDJ, Lextenso éditions, 2018, xxii-424 p.

KOJUHAROFF Georges, *Du principe des nationalités*, Genève, Imprimerie Jules Carey, 1884, 128 p.

LAGARDE Paul, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959, iv-254 p.

LARIEU Peggy, *Mythes grecs et droit. Retour sur la fonction anthropologique du droit*, Laval (Canada), Presses de l'Université Laval, 2017, ix-255 p.

LE BOS Yves-Édouard, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Dalloz, 2010, xii-398 p.

LEHMANN Pierre-Étienne, *Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir du respect de l'identité nationale des États membres*, th. dactyl., Nancy, Université de Lorraine, 2013, 651 p.

LEQUETTE Yves, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Dalloz, 1976, vii-335 p.

LEVASSEUR Georges, *La détermination du domicile en droit international privé français*, Rousseau et Cie, 1931, 478 p.

LOISEAU Victor, *Du domicile comme principe de compétence législative dans la doctrine et la jurisprudence françaises depuis le Code civil*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1893, pp. 91-380.

LÓPEZ DE TEJADA María, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, LGDJ, 2013, 462 p.

MACCORMICK Neil, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, 1996, 322 p.

MARCHADIER Fabien, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2007, xxi-728 p.

MARCIALI Sébastien, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, xxii-878 p.

MARIN Xavier, *Essai sur l'application dans le temps des règles de conflit dans l'espace*, th. dactyl., Université d'Aix-en-Provence, 1928, viii-118 p.

MILLET François-Xavier, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, xx-365 p.

- MINOIS Maud, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, th. dactyl., Université Paris Descartes, 427 p.
- MOISSINAC MASSÉNAT Véronique, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, LGDJ, 2007, x-336 p.
- MOTULSKY Henri, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, réed., 2002, xii-183 p.
- MUIR WATT Horatia, *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 1985, 696 p.
- NAJM Marie-Claude, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Dalloz, 2005, xix-705 p.
- OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses universitaires de Saint-Louis, 2002, 599 p.
- PANET Amélie, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, th. dactyl., Université Jean Moulin Lyon III, 2014.
- PATAUT Étienne, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions : étude de droit international privé*, LGDJ, 1999, viii-517 p.
- PATAUT Étienne, *La nationalité en déclin*, Odile Jacob, 2014, 101 p.
- PELLEGRINI Cécile, *Droits applicables au contrat international : étude théorique et pratique du dépeçage*, th. dactyl., Université Jean Moulin Lyon III, 2013, 633 p.
- PÉROZ Hélène, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ, 2005, 326 p.
- PESCATORE Pierre, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, réimp., 2005, 320 p.
- PFEIFF Silvia, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen : de l'émergence d'un droit fondamental à l'élaboration d'une méthode européenne de la reconnaissance*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 714 p.
- PLATON, *La République*, traduction française Robert Baccou, Librairie Garnier Frères, 1936, lxxxv-528 p.
- PLUTARQUE, *Œuvres morales*, traduction française Ricard, t. II, Lefevre, 1844, 600 p.
- PORCHERON Delphine, *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, 336 p.
- PORTALIS Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Bordeaux, Confluences, 1999, 77 p.

PULJAK Marie-Paule, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, PUAM, 2003, 451 p.

RASS-MASSON Lukas, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, th. dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 2015, 819 p.

REICHLING Noémie, *Les principes directeurs du procès civil dans l'Espace judiciaire européen*, th. dactyl., Université de Caen Normandie, 2017, 427 p.

RÉMY Benjamin, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008, xvi-466 p.

RÉMY-CORLAY Pauline, *Étude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois : application en droit des contrats et des délits*, th. dactyl., Université de Poitiers, 1997, 1234 p.

REVILLARD Mariel, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 8^{ème} éd., 2014, 977 p.

RICHEZ-PONS Anne, *La résidence en droit international privé : conflits de juridictions et conflits de lois*, th. dactyl., Université Jean Moulin Lyon III, 2004, 552 p.

ROCCATI Marjolaine, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen, du marché intérieur à la coopération civile*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 623 p.

SALVAT Eugène, *Du sénatus-consulte velléien et de l'incapacité de la femme mariée en droit français*, Charles Noblet, 1876, 268 p.

SANTULLI Carlo, *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Pedone, 2001, xiv-540 p.

SIMON Denys, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Pedone, 1981, xv-936 p.

SINDRÈS David, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, 2008, xvi-348 p.

SOULEAU-BERTRAND Mathilde, *Le conflit mobile*, Dalloz, 2005, xv-421 p.

TAUPIAC-NOUVEL Guillemine, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne. Contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation des décisions de justice*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2011, xv-554 p.

THOMAS Yan, « Origine » et « commune patrie ». *Étude de droit public romain (89 av. J.-C. - 212 ap. J.-C.)*, Rome, École française, 1996, xv-221 p.

THURILLET-BERSOLLE Angélique, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, thèse dactyl., Dijon, Université de Bourgogne, 2011, 597 p.

TRIKI Salma, *La coordination des systèmes juridiques en droit international privé de la famille*, thèse dactyl., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2013, xii-589 p.

TURMO Araceli, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 581 p.

USUNIER Laurence, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008, xvi-567 p.

VAMVOURI RUFFY Maria, *La fabrique du divin*, Liège, Presses universitaires de Liège, 2004, 326 p.

VIGAND Solange, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, th. dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 2005, 517 p.

VIGNERON Suzanne, *L'identité des personnes. Sa protection légale*, Sirey, 1937, iii-187 p.

VON SAVIGNY Friedrich Carl, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, traduction française Alfred Dufour, PUF, 2006, vi-218 p.

WEYEMBERGH Anne, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004, x-404 p.

ZILLER Jacques, *Les nouveaux traités européens : Lisbonne et après*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2008, 159 p.

III. Ouvrages collectifs et actes de colloques

BENLOLO-CARABOT Myriam, CANDAS Ulas, CUJO Églantine (dir.), *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Pedone, 2012, xiv-912 p.

BERRAMDANE Abdelkhaleq, PUTTLER Adelheid, ROSSETTO Jean, CREMER Wolfram (dir.), *Quel avenir pour l'intégration européenne ? Regards croisés franco-allemands sur le traité de Lisbonne*, Tours, Presses Universitaires François-Rabelais, 2010, 324 p.

BOELE-WOELKI Katharina, DETHLOFF Nina, GEPHART Werner (dir.), *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities*, Cambridge, Anvers, Portland (Oregon), Intersentia, vol. 35, 2014, xvii, 360 p.

BÜCHLER Andrea, KELLER Helen (dir.), *Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe*, Cambridge, Intersentia, vol. 40, 2016, xxiii-544 p.

BURGORGUE-LARSEN Laurence (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2011, 168 p.

CORNELOUP Sabine (dir.), *Droit européen du divorce*, LexisNexis, 2013, xv-777 p.

DE KERCHOVE Gilles, WEYEMBERGH Anne (dir.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, 255 p.

DE KERCHOVE Gilles, WEYEMBERGH Anne (dir.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, 337 p.

DE WITTE Bruno, HANF Dominik, VOS Ellen (dir.), *The many faces of differentiation in EU law*, Anvers, Intersentia, 2001, xiii-390 p.

DOUCHY-LOUDOT Méline (dir.), *Le visage inconnu de l'espace judiciaire européen*, Actes du colloque organisé par la revue *Droit et Procédures* des 20 et 21 juin 2003, Éditions juridiques et techniques, 2004, 192 p.

FALLON Marc, LAGARDE Paul, POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine, *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2009, x-198 p.

FARTUNOVA-MICHEL Maria, MARZO Claire (dir.), *Les dimensions de la reconnaissance mutuelle en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, 262 p.

FATIN-ROUGE STÉFANINI Marthe, GAY Laurence, VIDAL-NAQUET Ariane (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 352 p.

FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, 276 p.

GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, LAZERGES Christine (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Société de législation comparée, 2012, 336 p.

KHAIRALLAH Georges, REVILLARD Mariel (dir.), *Perspectives du droit des successions européennes et internationales*, Defrénois, 2010, 209 p.

LAGARDE Paul (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, 238 p.

LEROYER Anne-Marie, JEULAND Emmanuel (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, 2004, vi-181 p.

MAGNON Xavier (dir.), *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2013, 454 p.

MICHEL Valérie (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, 440 p.

PANET Amélie, FULCHIRON Hugues, WAUTELET Patrick (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 300 p.

IV. Cours, articles, communications, contributions, comptes rendus et working papers

ADALID Sébastien, BERKES Antal, COMBET Mathieu, *et al.*, « L'Espace de liberté sécurité justice : un droit à géométrie variable ? », *RTD eur.*, 2012, pp. 828-838.

AGO Roberto, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, vol. 58, 1936, pp. 243-469.

AÏT AHMED Lilia, « Familles et frontières - La circulation du statut familial à l'épreuve du mariage homosexuel et de la gestation pour autrui », in *État(s) des frontières*, Étienne Pataut (dir.), Pedone, 2017, pp. 103-122.

ALCARAZ Hubert, « Les fonctions constitutionnelles de l'identité de l'Espagne », in *L'identité à la croisée des États et de l'Europe. Quel sens ? Quelles fonctions ?*, Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, Anne Levade, Valérie Michel, Rostane Mehdi (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 297-314.

ALEXANDRE Danièle, « Les effets des jugements étrangers indépendants de l'*exequatur* », *Trav. com. fr. DIP*, 1975-1977, pp. 51-80.

ALEXY Robert, PECZENIK Aleksander, « The concept of coherence and its significance for discursive rationality », *Ratio Juris*, 1990, n° 2, pp. 130-147.

ALLAND Denis, « À la recherche de la primauté du droit communautaire », *Droits*, 2007, pp. 109-126.

ALLEN Carleton Kemp, « Status and capacity », *Law Quarterly Review*, vol. 46, 1930, pp. 277-310.

ANCEL Bertrand, MUIR WATT Horatia, « La désunion européenne : le Règlement dit "Bruxelles II" », *RCDIP*, 2001, pp. 403-457.

ANCEL Bertrand, MUIR WATT Horatia, « Aliments sans frontières », *RCDIP*, 2010, pp. 457-484.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « Unité ou dualité du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne depuis le traité de Lisbonne ? Brèves réflexions théoriques sur les droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, LGDJ, Lextenso éditions, 2012, pp. 15-21.

ANDRIANTSIMBOVINA Joël, « L'accès à la justice au sein des droits de l'Homme », in *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Actes du colloque annuel de la Société française pour le droit de l'environnement (Toulouse, 5-6 novembre 2015), Julien Bétaille (dir.), Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2016, pp. 49-61.

ARENAS GARCIA Rafael, « Abolition of *exequatur* : problems and solutions. Mutual recognition, mutual trust and recognition of foreign judgments : too many words in the sea », *YPIL*, vol. 12, 2010, pp. 351-375.

ARNOLD Rainer, « La loi fondamentale de la RFA et l'Union européenne : le nouvel article 23 de la Loi fondamentale », *RIDC*, 1993, vol. 45, n° 3, pp. 673-678.

AUDÉOUD Olivier, « L'acquis communautaire, du "mythe" à la pratique », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2002, vol. 33, n° 3, pp. 67-77.

AUDIT Bernard, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois) », *RCADI*, vol. 186, 1984, pp. 219-397.

AUDIT Bernard, « Le droit international privé à la fin du XX^{ème} siècle : progrès ou recul ? », *RIDC*, vol. 50, n° 2, avril-juin 1998, pp. 421-448.

AUDIT Bernard, « Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général », *RCADI*, vol. 305, 2003, pp. 9-487.

AUDIT Bernard, « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain », in *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 49-70.

AUDIT Mathias, « L'interprétation autonome en droit international privé communautaire », *JDI*, 2004, n° 3, pp. 789-816.

AZOULAI Loïc, « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *RFDA*, 2003, pp. 859-875.

AZOULAI Loïc, « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et le paradigme de la traduction », in *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre. Hommage au recteur Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2009, pp. 181-199.

AZOULAI Loïc, DUBOUT Édouard, « Repenser la primauté. L'intégration européenne et la montée de la question identitaire », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Baptiste Bonnet (dir.), LGDJ, Lextenso éditions, 2016, pp. 567-583.

BADIALI Giorgio, « Le droit international privé des Communautés Européennes », *RCADI*, vol. 191, 1985, pp. 9-182.

BAKER Carla, « Le titre exécutoire européen. Une avancée pour la libre circulation des décisions ? », *JCP G*, n° 22, 28 mai 2003, doct. 137, pp. 985-991.

BALKIN Jack M., « Understanding legal understanding : the legal subject and the problem of legal coherence », *Yale Law Review*, vol. 103, 1993, pp. 105-176.

BARATTA Roberto, « La "communauté de valeurs" dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *RAE*, 2018, n° 1, pp. 81-91.

BARIATTI Stefania, PATAUT Étienne, « Codification et théorie générale du droit international privé », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Marc Fallon, Paul Lagarde, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2011, pp. 337-361.

BARRIÈRE BROUSSE Isabelle, « Le Traité de Lisbonne et le droit international privé », *JDI*, 2010, doct. 1, pp. 3-34.

BARRIÈRE-BROUSSE Isabelle, « Le droit international privé de la famille à l'heure européenne », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet. Le droit des rapports économiques et privé*, LexisNexis, 2013, pp. 347-365.

BARRIÈRE-BROUSSE Isabelle, « L'improbable européanisation du droit international privé de la famille », *JCP G*, n° 5, 3 février 2014, pp. 178-180.

BARRIÈRE-BROUSSE Isabelle, « Le patrimoine des couples internationaux dans l'espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *JDI*, 2017, n° 2, doct. 6, pp. 485-514.

BASEDOW Jürgen, « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalités en droit de l'Union européenne », *RCDIP*, 2010, pp. 427-456.

BATIFFOL Henri, « Principes de droit international privé », *RCADI*, vol. 97, 1959, pp. 431-593.

BATIFFOL Henri, « Conflits mobiles et droit transitoire », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. I, Dalloz, Sirey, 1961, pp. 39-52.

BATIFFOL Henri, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit international privé français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international. Travaux de l'association Henri Capitant*, Journées de Luxembourg, 1961-1962, t. XIV, Dalloz, 1965, pp. 460-467.

BATIFFOL Henri, « Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe continentale », in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, 1976, pp. 213-223.

BATIFFOL Henri, « Conflits de lois dans l'espace et conflit de lois dans le temps », in *Le droit français au milieu du XX^{ème} siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t. II, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1950, pp. 292-303 ; reproduit in *Choix d'articles*, LGDJ, 1976, pp. 179-187.

BATIFFOL Henri, « Les intérêts de droit international privé », in *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende ? Festschrift für Gerhard Kegel*, Francfort-sur-le-Main, Alfred Metzger Verlag GmbH, 1977, pp. 11-21.

BATIFFOL Henri, « Analogies et relations entre les raisonnements sur les principes et les raisonnements sur les fins », in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, t. I, Bruxelles, Némésis, 1986, pp. 43-53.

BELLET Pierre, GOLDMAN Berthold, « La convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps », *JDI*, 1969, pp. 843-872.

BENOÎT-ROHMER Florence, « Identité européenne et identité nationale. Absorption, complémentarité ou conflit ? », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, pp. 63-80.

BERGÉ Jean-Sylvestre, « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *Trav. com. fr. DIP*, 2004-2006, Pedone, pp. 29-52.

BERGÉ Jean-Sylvestre, « Le droit à un procès équitable au sens de la coopération judiciaire en matière civile et pénale : l'hypothèse d'un rapport de mise en œuvre », in *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*. Actes du colloque des 5 et 6 novembre 2010 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme de la faculté de droit et science politique de l'Université Montpellier I, Caroline Picheral (dir.), Bruxelles, Limal, Nemesis, Anthemis, 2012, pp. 249-277.

BERGÉ Jean-Sylvestre, « La reconnaissance mutuelle en matière civile et commerciale : questionnements de droit international privé européen », Document de travail pour une intervention lors du colloque *Le principe de reconnaissance mutuelle* organisé le 5 décembre 2008 par Valérie Michel à l'Université Robert-Schuman de Strasbourg, [en ligne], consulté le 12 avril 2017. URL : http://cejec.u-paris10.fr/wp-content/uploads/2009/09/rce-mutuelle-strasbourg-2008-actes-coll-contrib-jsberge-version-au8_10_09.pdf.

BERGÉ Jean-Sylvestre, « La confiance mutuelle dans l'espace européen de coopération judiciaire : questionnement sur le sens de la libre circulation des décisions de justice », in *Défiance, doute, incertitude. Quelle place pour la notion de confiance dans les sociétés modernes ?*, Julie Tribolo (dir.), L'Harmattan, 2019, pp. 37-47.

BERTEA Stefano, « Looking for coherence within the European Community », *European Law Journal*, vol. 11, 2005, n° 2, pp. 154-172.

BERTHELET Pierre, « Considérations sur les tensions existant entre les natures sociable et misanthrope des identités constitutionnelles », *RUE*, 2017, n° 609, pp. 324-334.

BIDAUD-GARON Christine, « La loi applicable aux successions internationales selon le règlement du 4 juillet 2012 », *JCP N*, 2013, n° 17, étude 1109, pp. 69-74.

BILLET Carole, « Cohérence et différenciation(s) dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », *RMCE*, 2008, pp. 680-684.

BISCHOFF Jean-Marc, « Préface », in *La capacité de la personne en droit international privé français et anglais*, H. Patrick Glenn, Dalloz, 1975, pp. i-xv.

BOBBIO Norberto, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *Essais de théorie du droit*, traduction française, Michel Guéret, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1998, 286 p., pp. 159-173.

BODEN Didier, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Le pluralisme. Arch. phil. droit*, t. 49, 2005, pp. 275-316.

BOELE-WOELKI Katharina, « The road towards a European family law », *Electronic Journal of Comparative Law*, novembre 1997, vol. 1.1, pp. 1-16.

BOELE-WOELKI Katharina, « For better or for worse : the Europeanization of international divorce law », *YPIL*, vol. 12, 2010, pp. 1-26.

- BOICHÉ Alexandre, « Présentation du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », *AJ fam.*, 2012, pp. 370-375.
- BOLLÉE Sylvain, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, pp. 307-355.
- BONNICHON André, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois. Première partie », *RCDIP*, 1949, pp. 615-635, et *ibid.*, 1950, pp. 11-32.
- BORRÁS Alegría, « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *RCADI*, vol. 317, 2005, pp. 1-536.
- BORRÁS Alegría, « La libre circulation de la famille en Europe », *LPA*, 4 octobre 2007, n° 199, pp. 8-21.
- BOUCOBZA Isabelle, BOTTINI Eleonora, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit constitutionnel comparé : Italie », Juges constitutionnels et doctrine. Constitutions et transitions, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2015, n° XXX-2014, pp. 135-143.
- BOUDON Raymond, « La rationalité axiologique », in *La rationalité des valeurs*, Sylvie Mesure (dir.), PUF, 1998, pp. 13-57.
- BOULANGER François, « Essai comparatif sur la notion de statut personnel dans les relations internationales des pays d'Afrique noire », *RCDIP*, 1982, pp. 647-668.
- BOULOUIS Jean, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, t. I, LGDJ, 1974, pp. 149-162.
- BOYE Abd-el-Kader, « Le statut personnel dans le droit international privé des pays africains au sud du Sahara. Conceptions et solutions des conflits de lois. Le poids de la tradition négro-africaine personnaliste », *RCADI*, vol. 238, 1993, pp. 1-419.
- BRAGYOVA András, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit constitutionnel comparé : Hongrie », Juges constitutionnels et doctrine. Constitutions et transitions, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2015, n° XXX-2014, pp. 97-102.
- BRIBOSIA Emmanuelle, RORIVE Isabelle, « L'arrêt *Coman* : quand la Cour de justice contribue à la reconnaissance du mariage homosexuel », *JDE*, 2018, n° 253, pp. 344-347.
- BRIBOSIA Emmanuelle, WEYEMBERGH Anne, « Confiance mutuelle et droits fondamentaux : "back to the future" », *CDE*, 2016, n° 2, pp. 469-521.
- BROSSET Estelle, « Le discours juridictionnel et les rapports entre ordres juridiques », in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Valérie Michel (dir.), Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, pp. 243-270.

BROUWER Evelien, « Mutual trust and judicial control in the area of freedom, security, and justice : an anatomy of trust », in *Mapping mutual trust : understanding and framing the role of mutual trust in EU law*, Evelien Brouwer, Damien Gerard (dir.), EUI Working Paper MWP, n° 2016/13, pp. 59-68.

BUCHER Andreas, « La famille en droit international privé », *RCADI*, vol. 283, 2000, pp. 1-186.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Les résistances des États de droit », in *De la Communauté de droit vers l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, Joël Rideau (dir.), LGDJ, 2000, pp. 423-458.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) », *Cahiers du conseil constitutionnel*, Dossier Constitution et Europe, n° 18, 2005 [en ligne], consulté le 12 juillet 2019. URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-declaration-du-13-decembre-2004-dtc-n-12004>.

CADIET Loïc, « Inaugural lecture. Towards a new model of judicial cooperation in the European Union », in *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, Loïc Cadiet, Burkhard Hess, Marta Requejo Isidro (dir.), Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, vol. 4, Nomos, 2015, pp. 13-32.

CAHN Olivier, « La chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle sacrifié la confiance mutuelle aux droits de l'homme ? Réflexions sur la jurisprudence afférente à l'article 695-22, 5°, du Code de procédure pénale », in *Droit répressif au pluriel : droit interne, droit international, droit européen, droits de l'homme. Liber amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, Limal, Bruxelles, Anthemis, Nemesis, 2014, pp. 79-111.

CALLÉ Pierre, PASQUALIS Paolo, WAUTELET Patrick, NOURISSAT Cyril, « Pour la reconnaissance des actes authentiques au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », *LPA*, n° 68, 4 avril 2012, pp. 6-14.

CAMPUZANO DÍAZ Beatriz, « Uniform conflict of law rules on divorce and legal separation via enhanced cooperation », in *Latest Developments in EU Private International Law*, Beatriz Campuzano Díaz, Marcin Czepelak, Andrés Rodríguez Benot, Ángeles Rodríguez Vázquez (dir.), Cambridge, Intersentia, 2011, pp. 23-48.

CANIVET Guy, « La construction de l'espace judiciaire européen », Intervention à l'École Nationale des Greffes, Dijon, 3 octobre 2006, p. 2, [en ligne], consulté le 4 mai 2019]. URL : https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/03-10-06_canivet_eng.pdf.

CANIVET Guy, « Au nom de qui, au nom de quoi jugent les juges ? De la gouvernance démocratique de la Justice », *Après-demain*, 2010, vol. 3, n° 15, pp. 3-7.

CANIVET Guy, « Constitutions nationales et ordre juridique communautaire. Contre-Éloge de la tragédie », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, 2010, pp. 611-624.

CAPOGNA Marie-Noël, « Identité juridique et identité culturelle de la personne physique : quels rapports ? », in *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Jacqueline Pousson-Petit (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 911-934.

CARBONNIER Jean, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle : études offertes à Georges Ripert*, t. I, LGDJ, 1950, pp. 325-346.

CAROTENUTO Sylvie, MENDES CONSTANT Jorge, « L'inscription de la justice dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *LPA*, 5 juillet 2002, n° 134, pp. 4-17.

CASSIN René, « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois », *RCADI*, vol. 34, 1930, pp. 655-809.

CAUNES Karine, « La nature du système juridique européen : retour sur le principe de primauté », in *L'eupéanisation des droits à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Jacques Ziller (dir.), pp. 281-298.

CHARBONNEAU Lucie, « Notions autonomes et intégration européenne », *CDE*, 2013, pp. 21-75.

CHILSTEIN David, « Remarques sur le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale », in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Geneviève Giudicelli-Delage, Christine Lazerges (dir.), Société de législation comparée, 2012, pp. 217-223.

CHRISTIANS Louis-Léon, « Dimension philosophiques et religieuses des approches juridiques de l'identité », in *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Jacqueline Pousson-Petit (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 63-92.

CLAVEL Sandrine, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *Trav. com. fr. DIP*, 2010-2012, pp. 255-297.

CLAVEL Sandrine, « La fraude », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Tristan Azzi, Olivera Boskovic (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 151-158.

CLOOS Jim, « Les coopérations renforcées », *RMCUE*, 2000, n° 441, pp. 512-515.

COENEN-HUTHER Jacques, « Les sociologues et le postulat de rationalité », *Revue européenne des sciences sociales*, t. XLVIII, 2010, n° 145, pp. 5-16.

COLL Jean-Louis, « L'Europe et ses territoires », in *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans*, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), Dalloz, 2008, pp. 113-116.

COLLINS Hugh, « European Private Law and the Cultural Identity of States », *European Review of Private Law*, 1995, n° 3, pp. 353-365.

COLLIOT-THÉLÈNE Catherine, « Retour sur les rationalités chez Max Weber », *Les Champs de Mars*, vol. 22, 2011, n° 2, pp. 13-30.

COLOMBOS Constantine John, « La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique britanniques », *RCADI*, vol. 36, 1931, pp. 1-76.

COMBACAU Jean, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », in *Le système juridique. Arch. phil. droit*, t. 31, 1986, pp. 85-10.

CONSTANTINESCO Léontin-Jean, « Contribution au problème des rapports entre l'ordre juridique de la Communauté et l'ordre juridique interne des États membres », in *Actes officiels du Congrès international d'études sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Milan-Stresa, 31 mai-9 juin 1957, vol. II, Milan, Giuffrè, 1957, pp. 211-223.

CONSTANTINESCO Vlad, « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ? », *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Cologne, Berlin, Carl Heymans Verlag, 1983, pp. 109-123.

CONSTANTINESCO Vlad, « Les coopérations renforcées, dix ans après : une fausse bonne idée ? », in *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 117-130.

CORNUT Étienne, « *Forum shopping* et abus du choix de for en droit international privé », *JDI*, 2007, pp. 27-55.

COURBE Patrick, « Le divorce international, premier bilan d'application de l'article 310 du Code civil », *Trav. com. fr. DIP*, 1989-1990, pp. 123-146.

CRETNEY Stephen, « Breaking the shackles of culture and religion in the field of divorce », in Katharina Boele-Woelki (dir.), *Common core and better law in European family law*, Anvers, Oxford, Intersentia, 2005, pp. 3-14.

CROCHET Nicole, « La force exécutoire en l'absence de procédure harmonisée », in *L'espace judiciaire européen civil et pénal. Regards croisés*, Fabienne Jault-Seseke, Juliette Lelieur, Christian Pigache (dir.), Dalloz, 2009, pp. 109-117.

CROISSANT Francis, « Apollon et Dionysos à Delphes. Les frontons sculptés du temple du IV^{ème} siècle », *Cahiers des thèmes transversaux ArScAn*, 2002, pp. 217-220.

CUNIBERTI Gilles, « Recognition of foreign judgments lacking reasons in Europe - Access to justice, foreign court avoidance and efficiency », *ICLQ*, 2008, pp. 25-52.

CUNIBERTI Gilles, « Abolition de l'*exequatur* et présomption de protection des droits fondamentaux. À propos de l'affaire *Povse c. Autriche* », *RCDIP*, 2014, pp. 303-327.

CURRIE Brainerd, HILL SCHRETER Herma, « Unconstitutional discrimination in the conflict of laws : privileges and immunities », *Yale Law Journal*, 1960, vol. 69, n° 8, pp. 1323-1391.

D'AVOUT Louis, « La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004 », *RCDIP*, 2006, pp. 1-48.

D'AVOUT Louis, « Faut-il supprimer l'*exequatur* dans le contentieux transfrontière en Europe ? Questionnement à propos des projets de révision du Règlement Bruxelles I », *Droit et procédure*, n° 10, novembre 2010, pp. 68-73.

D'AVOUT Louis, « La législation européenne de droit international privé : bref bilan d'une décennie (2000- 2010) », *Revue de droit d'Assas*, 2012, n° 5, pp. 70-77.

D'AVOUT Louis, « La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle », in *Les relations privées internationales. Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, pp. 15-41.

D'HAUTEFEUILLE François, « Schopenhauer, Nietzsche et Bergson », *Archives de philosophie*, 1965, vol. 28, n° 4, pp. 553-566.

DA CRUZ VILAÇA José Luis, « Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour », in *La Cour de justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, Allan Rosas, Egils Levits, Yves Bot (dir.), La Haye, Asser Press, Springer, 2013, pp. 279-306.

DAGTOGLOU Prodromos D., « La nature juridique de la Communauté européenne », in *Communautés européennes. Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1982, pp. 35-44.

DANIELE Luigi, « Après l'arrêt Granital : droit communautaire et droit national dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle italienne », *CDE*, 1992, n°s 1-2, pp. 3-21.

DE BURLET Jacques, « Effectivité et nationalité des personnes physiques », *RBDI*, 1976, pp. 75-89.

DE CASTRO Federico, « La nationalité, la double nationalité, la supra-nationalité », *RCADI*, vol. 102, 1961, pp. 515-634.

DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, « La réforme du droit de la nationalité ou la mise en forme juridique d'un virage politique », *Politix*, vol. 8, n° 32, 1995, pp. 154-171.

DE LA ROSA Stéphane, « La qualification de l'Union européenne par elle-même », in *Actes du colloque « La nature juridico-politique de l'Union européenne »*, *Annuaire de droit de l'Union européenne, Journée d'études du centre de philosophie juridique et politique de l'Université de Cergy-Pontoise, 19 décembre 2014*, Sébastien Roland, Marie-Clotilde Runavot (dir.), Éd. Panthéon-Assas, 2015, pp. 89-105.

DE MAGALHAES Barbosa, « La doctrine du domicile en droit international privé », *RCADI*, vol. 23, 1928, pp. 1-144.

DE SCHUTTER Olivier, « La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle », in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, pp. 79-121.

DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal, « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », *Trav. com. fr. DIP*, 1998-2000, pp. 49-82.

DE WINTER Louis Isaac, « Nationality or domicile ? The present state of affairs », *RCADI*, vol. 128, 1969, pp. 346-503.

DE WITTE Bruno, « Retour à "Costa". La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *RTD eur.*, 1984, pp. 425-454.

DECAUX Emmanuel, « L'impératif de cohérence, entre intégrité du système et efficacité du droit », in *La dynamique du système des traités de l'ONU en matière de droits de l'homme*, Emmanuel Decaux, Olivier de Frouville (dir.), Pedone, 2015, pp. 165-184.

DEHOUSSE Renaud, « L'Europe par le droit : plaider pour une approche contextuelle », *Politique européenne*, 2000, pp. 63-83.

DELCOURT Christine, « The acquis communautaire : has the concept had its day ? », *Common Market Law Review*, 2001, vol. 38, pp. 829-870.

DELMAS-MARTY Mireille, « Le phénomène de l'harmonisation. L'expérience européenne », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Christophe Jamin, Denis Mazeaud (dir.), Economica, 2001, pp. 23-35.

DELMAS-MARTY Mireille, « La grande complexité juridique du monde », in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 89-105.

DELMAS-MARTY Mireille, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ordres juridiques », *D.*, 2006, pp. 951-957.

DÉPREZ Jean, « Droit international privé et conflit de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel », *RCADI*, vol. 211, 1988, pp. 9-372.

DEROUSSIN David, « Éléments pour une histoire de l'identité individuelle », in *L'identité, un singulier au pluriel*, Blandine Mallet-Bricout, Thierry Favario (dir.), Dalloz, 2015, pp. 7-23.

DÉTIENNE Marcel, « Religions de la Grèce antique. Conférence », *Annuaire de l'École pratique des hautes études*, 1984, pp. 317-324.

DÉTIENNE Marcel, « Religions de la Grèce ancienne. Conférence », *Annuaire de l'École pratique des hautes études*, 1985, pp. 371-380.

DÉTIENNE Marcel, « Religions de la Grèce antique. Conférence », *Annuaire de l'École pratique des hautes études*, 1990, pp. 243-246.

DEVERS Alain, « L'articulation du règlement Bruxelles II *bis* et des autres règlements communautaires », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Hugues Fulchiron, Cyril Nourissat (dir.), Dalloz, 2005, pp. 123-136.

DEVERS Alain, « La pratique judiciaire française du DIP de la famille », *Droit et patrimoine*, n° 138, juin 2005, pp. 88-93.

DIENA Giulio, « De la rétroactivité des dispositions législatives de droit international privé », *Clunet*, 1900, pp. 925-940.

DIENA Giulio, « La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Italie », *RCADI*, vol. 17, 1927, pp. 343-447.

DILLON Kathleen M., « Divorce and Remarriage as Human Rights : the Irish Constitution and the European Convention on Human Rights at Odds in *Johnston v. Ireland* », *Cornell International Law Journal*, 1989, vol. 22, issue 1, article 5, pp. 63-90.

DORD Olivier, « Intervention. Ni absolue, ni relative, la primauté du droit communautaire procède de la Constitution », in *Droit communautaire, droit constitutionnel. Vers un respect réciproque*, Actes du colloque de La Rochelle des 6 et 7 mai 1999, Hélène Gaudin (dir.), Aix-en-Provence, Paris, PUAM, Economica, 2001, 390 p., pp. 121-140.

DROZ Georges A. L., « Réflexions pour une réforme des articles 14 et 15 du Code civil français », *RCDIP*, 1975, pp. 1-23.

DROZ Georges A. L., « Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. 229, 1991, pp. 9-424.

DROZ Georges A. L., « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *Trav. com. fr. DIP*, 1993-1994, pp. 97-121.

DUBOUT Édouard, « De la primauté "imposée" à la primauté "consentie" Les incidences de l'inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », *Actes du IV^{ème} Congrès de l'Association française des constitutionnalistes des 9, 10 et 11 juin 2005 organisé à Montpellier* [en ligne], consulté le 3 juin 2019. URL : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes3/DUBOUT.pdf>, 20 p.

DUBOUT Édouard, « "Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France" : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, n° 83, pp. 451-482.

DUBOUT Édouard, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt *Melloni* », *CDE*, 2013, n° 2, pp. 293-317.

DUBOUT Édouard, « La primauté du droit de l'Union et le passage au pluralisme constitutionnel », *RTD eur.*, 2018, pp. 563-586.

DUPONT-LASSALLE Julie, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *Droit et société*, 2012/1, n° 80, pp. 47-71.

DÜSTERHAUS Dominik, « Judicial coherence in the area of freedom, security and justice – Squaring mutual trust with effective judicial protection », *Review of European Administrative Law*, 2015, vol. 8, issue 2, pp. 151-182.

ÉGÉA Vincent, « Chronique Espace judiciaire européen en matière civile. Règlements "documents publics", "régimes matrimoniaux" et "partenariats enregistrés" : les différentes voies d'affermissement de l'espace judiciaire civil européen », *RTD eur.*, 2016, pp. 808-812, spéc. n° 1, pp. 808-809.

EKSTRÖM Monika, « Les règles communautaires en matière matrimoniale : du règlement "Bruxelles II bis" à la proposition "Rome III" », *L'Observateur de Bruxelles*, 2007, n° 67, pp. 19-22.

ELLUL Jacques, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », *Le dépassement du droit. Arch. phil. droit*, t. 8, 1963, pp. 21-33.

FALLON Marc, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la communauté européenne », *RCADI*, vol. 253, 1995, pp. 1-282.

FALLON Marc, « La compétence internationale selon le droit judiciaire européen : émergence d'une compétence judiciaire européenne ? », in *Le droit processuel et judiciaire européen*, Actes du colloque du 13 décembre 2002, Marcel Storme, Georges de Leval (dir.), Bruxelles, Bruges, La Charte, 2003, pp. 25-62.

FALLON Marc, « Les conditions d'un code européen de droit international privé », in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Marc Fallon, Paul Lagarde, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), Dalloz, 2009, pp. 1-34.

FALLON Marc, « Observations sous CJUE, 5 juin 2018, gr. ch., *Coman*, C-673/16, EU:C:2018:385 », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2018 [en ligne], consulté le 5 février 2019. URL : <https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/observations-sous-cjue-5-juin-2018-gr-ch-coman-c-673-16-eu-c-2018-385.html>.

FALLON Marc, FRANCO Stéphanie, « La coopération judiciaire civile et le droit international privé. Vers un droit proprement communautaire des conflits de lois ou de juridiction », in *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Olivier de Schutter, Paul Nihoul (dir.), Bruxelles, Larcin, 2004, pp. 239-304.

FALLON Marc, LAGARDE Paul, POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine, « Avant-propos », in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Marc Fallon, Paul Lagarde, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), Dalloz, 2009, pp. vii-ix.

FARGE Michel, « Règlements européens. Les nouvelles règles de compétence juridictionnelle », *Dr. fam.*, mai 2017, n° 5, Dossier Les règlements européens en matière patrimoniale, étude n° 30, pp. 17-23.

FARTUNOVA-MICHEL Maria, MARZO Claire, « La notion de reconnaissance mutuelle : entre confiance et équivalence », in *Les dimensions de la reconnaissance mutuelle en droit de l'Union européenne*, Maria Fartunova-Michel, Claire Marzo (dir.), Bruxelles Bruylant, 2018, pp. 13-56.

FERNÁNDEZ ARROYO Diego, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *RCADI*, vol. 323, 2006, pp. 9-260.

FIORINI Aude, « Rome III. Choice of law in divorce : is the europeanization of family law going too far ? », *International Journal of Law, Policy and Family*, 2008, pp. 178-205.

FIORINI Aude, « The evolution of European private international law », *ICLQ*, 2008, vol. 57, n° 4, pp. 969-984.

FIORINI Aude, « Bruxelles sans Rome : la réticence du Royaume-Uni face à l'harmonisation du droit européen du divorce », in *Droit européen du divorce*, Sabine Corneloup (dir.), LexisNexis, 2013, pp. 701-728.

FLAUSS Jean-François, « Actualité de la CEDH. L'*exequatur* des jugements étrangers à l'épreuve des exigences du procès équitable », *AJDA*, 2001, pp. 1062-1064.

FLORE Daniel, « Réflexions sur l'idée de la "confiance mutuelle" », in *Sécurité et justice : enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Gilles de Kerchove, Anne Weyembergh (éd.), Bruxelles, Éditions de l'Université libre de Bruxelles, 2003, pp. 133-145.

FLORE Daniel, « La notion de confiance mutuelle : l'"alpha" ou l'"oméga" d'une justice pénale européenne ? », in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Gilles de Kerchove, Anne Weyembergh (dir.), Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, pp. 17-28.

FLÜCKIGER Alexandre, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, pp. 83-101.

FOUCAULT Michel, « Le pouvoir, comment s'exerce-t-il », in *Michel Foucault : un parcours philosophique. Au-delà de l'objectivité et de la subjectivité*, Hubert Dreyfus, Paul Rabinow (dir.), Gallimard, 1984, pp. 308-321.

FOYER Jacques, « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *RCADI*, vol. 193, 1985, pp. 9-117.

FOYER Jean, « Tournant et retour aux sources en droit international privé ? (l'article 310 du Code civil) », *JCP*, 1976, I, p. 2762.

FRANESCAKIS Phocion, « Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel », *Trav. com. fr. DIP*, 1962-1964, pp. 291-323.

FRANESCAKIS Phocion, « Introduction », in *L'ordre juridique*, Santi Romano, traduction française de la deuxième édition de l'*Ordinamento giuridico*, Lucien François, Pierre Gothot, Dalloz, 2002, xxii-174 p.

FRANCQ Stéphanie, « Un principe de reconnaissance mutuelle comme embryon d'un droit européen de la famille », in *Vers un statut européen de la famille*, Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon (dir.), Dalloz, 2014, pp. 111-130.

FRANCO Stéphanie, ÁLVAREZ ARMAS Eduardo, DECHAMPS Marie, « L'actualité de l'article 5.1 du règlement Bruxelles I : évaluation des premiers arrêts interprétatifs portant sur la disposition relative à la compétence judiciaire internationale en matière contractuelle », *Cahiers du CeDIE*, 2011/2, pp. 1-31 [en ligne], consulté le 2 janvier 2019. URL : www.uclouvain.be/cedie.

FREUND Julien, « La rationalisation du droit selon Max Weber », in *Formes de rationalité en droit. Arch. phil. droit*, t. 23, 1978, pp. 69-92.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le droit d'accès à la justice et au droit », in *Libertés et droits fondamentaux*, Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet (dir), 16^{ème} éd., Dalloz, 2010, pp. 497-513.

FULCHIRON Hugues, « La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité », *Trav. com. fr. DIP*, 1998-2000, pp. 175-199.

FULCHIRON Hugues, « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Defrénois*, 2005, n° 19, pp. 1461-1478.

FULCHIRON Hugues, « Vers la communautarisation des règles de conflit de lois en matière de divorce ? », *AJ fam.*, 2005, pp. 390-393.

FULCHIRON Hugues, « La construction d'un droit "européen" de la famille : entre coordination, harmonisation et uniformisation », *RAE*, 2014, pp. 309-317.

FULCHIRON Hugues, « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial », in *Les relations privées internationales. Mélanges en l'honneur de Bernard Audit*, LGDJ, 2014, pp. 359-381.

FULCHIRON Hugues, « Le "mariage pour tous" dans l'ordre international : entre articulation et confrontation des normes », Juges constitutionnels et doctrine. Constitutions et transitions, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2015, n° XXX-2014, pp. 177-187.

FULCHIRON Hugues, « Le droit international privé de la famille en Europe : unité, diversité, complexité... », *Dr. fam.*, 2015, n° 4, dossier 13, pp. 18-19.

FULCHIRON Hugues, « La reconnaissance, jusqu'où ? », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, Madrid, LGDJ, Iprolex, 2018, pp. 647-677.

FUSEAU Julien, « Le traité de Lisbonne, reflet de l'emprise des États membres sur l'Union européenne », in *Quel avenir pour l'intégration européenne ? Regards croisés franco-allemands sur le traité de Lisbonne*, Abdelkhaleq Berramdane, Adelheid Puttler, Jean Rossetto, Wolfram Cremer (dir.), Tours, Presses Universitaires François-Rabelais, 2010, pp. 125-163.

GAILLET Aurore, « Confiance et méfiance autour du mandat d'arrêt européen. La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 15 décembre 2015 », *AJDA*, 2016, n° 20, pp. 1112-1119.

GALLANT Estelle, « Le nouveau droit international privé alimentaire de l'Union : du sur-mesure pour les plaideurs », *Europe*, février 2012, étude 2, pp. 4-10.

GANNAGÉ Léna, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes. L'exemple du droit de la famille », *RCDIP*, 2001, pp. 1-42.

GANNAGÉ Léna, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI*, vol. 357, 2013, pp. 223-489.

GANSHOF VAN DER MEERSCH Walter, « L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international », *RCADI*, vol. 148, 1975, pp. 1-433.

GASSIN Raymond, « Système et droit », *Revue de droit prospectif*, 1981, n° 3, pp. 353-365.

GAUDEMET-TALLON Hélène, « La désunion du couple en droit international privé », *RCADI*, vol. 226, 1991, pp. 9-279.

GAUDEMET-TALLON Hélène, « La famille face au droit communautaire », in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, Actes du Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Université Lille II, LGDJ, 1996, pp. 85-116.

GAUDEMET-TALLON Hélène, « La compétence judiciaire internationale directe à l'aube du XXI^{ème} siècle », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, pp. 123-148.

GAUDEMET-TALLON Hélène, « De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union européenne », in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. 1, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 159-185.

GAUDEMET-TALLON Hélène, « Nationalité, statut personnel et droits de l'homme », *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, Munich, Sellier, European Law Publishers, 2004, pp. 205-221.

GAUDEMET-TALLON Hélène, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel). Cours général », *RCADI*, vol. 312, 2005, pp. 1-488.

GAUDEMET-TALLON Hélène, « Incertaines familles, incertaines frontières : quel droit international privé », *Mélanges en l'honneur de Mariel Révillard*, Defrénois, 2007, pp. 147-168.

GAUDEMET-TALLON Hélène, « De l'abus de droit en droit international privé », in *Les relations privées internationales. Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, pp. 383-396.

GAUDEMET-TALLON Hélène, « Avant-propos », in *Vers un statut européen de la famille*, Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon (dir.), Dalloz, 2014, pp. 1-4.

GAUDIN Hélène, « Primauté absolue, primauté relative », in *Droit communautaire, droit constitutionnel. Vers un respect réciproque*, Actes du colloque de La Rochelle des 6 et 7 mai 1999, Hélène Gaudin (dir.), Aix-en-Provence, Paris, PUAM, Economica, 2001, pp. 97-120.

GAUDIN Hélène, « Primauté, la fin d'un mythe ? Autour de la jurisprudence de la Cour de justice », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Pedone, 2010, pp. 639-656.

GAUTIER Marie, « L'unification. Introduction », in *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans*, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), Dalloz, 2008, pp. 109-111.

GAUTRON Jean-Claude, « Un ordre juridique autonome et hiérarchisé », in *De la Communauté de droit à l'Union de droit, Continuité et avatars européens*, Joël Rideau (dir.), LGDJ, 2000, pp. 2-64.

GAUTRON Jean-Claude, « Harmonisation, coordination unification », in *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans*, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), Dalloz, 2008, pp. 179-183.

GAVALDA André, « Remarques sur l'arrêt Rivièr », *Trav. com. fr. DIP*, 1951-1954, pp. 115-148.

GODECHOT-PATRIS Sara, « Successions internationales en France », in *Les successions. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Journées roumaines de Bucarest et Cluj, 2010, t. LX, Bruxelles, Paris, Bruylant, LB2V, 2012, pp. 673-690.

GODECHOT-PATRIS Sara, « Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfactions et craintes », *D.*, 2012, n° 37, pp. 2462-2469.

GONZÁLEZ CAMPOS Julio D., « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *RCADI*, vol. 287, 2000, pp. 1-426.

GREWE Constance, RIDEAU Joël, « L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne : *flash-back* sur le *coming-out* d'un concept ambigu », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, pp. 319-345.

GRIMALDI Michel, « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Deffrénois*, 2012, pp. 755-761.

GRZEGORCZYK Christophe, « Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », in *Le système juridique. Arch. phil. droit*, t. 31, 1986, pp. 281-301.

GUINCHARD Emmanuel, « Le droit international privé européen de l'exécution en matière extrapatrimoniale (règlement Bruxelles II bis) », *AJ fam.*, 2006, pp. 99-102.

GUTZWILLER Max, « Le développement historique du droit international privé », *RCADI*, vol. 29, 1929, pp. 287-400.

HABA Enrique P., « Rationalité et méthode dans le droit », in *Formes de rationalité en droit. Arch. phil. droit*, t. 23, 1978, pp. 265-293.

HAGE Jaap, « Law and coherence », *Ratio Juris*, 2004, n° 1, pp. 87-105.

HAGUENAU-MOIZARD Catherine, « Les bienfaits de la défiance mutuelle dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in *Europe(s), Droit(s) européen(s) Une passion d'universitaire, Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 226-241.

HAMMJE Petra, « Le nouveau 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 », *RCDIP*, 2011, pp. 291-338.

HAMMJE Petra, « Libres propos sur les interactions entre qualification et ordre public », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, Madrid, LGDJ, Iprolex, 2018, pp. 867-887.

HEALY Thomas H., « Théorie générale de l'ordre public », *RCADI*, vol. 9, 1925, pp. 407-578.

HENNEBEL Ludovic, « Typologies et hiérarchie(s) des droits de l'Homme », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2011, pp. 423-435.

HEUSCHLING Luc, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », *Jus Politicum*, n° 8, 2012, spéc. II. A. 2°, [en ligne], consulté le 12 janvier 2020. URL : <http://juspolicum.com/article/Le-relativisme-des-valeurs-la-science-du-droit-et-la-legitimite-Retour-sur-l-epistemologie-de-Max-Weber-619.html>.

HEUZÉ Vincent, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5. 1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *RCDIP*, 2000, pp. 595-639.

HEUZÉ Vincent, « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou de l'anti-droit européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 393-415.

HEUZÉ Vincent, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois », *JCP G*, 2008, n° 30, pp. 20-23.

HEUZÉ Vincent, « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice. L'abolition de la démocratie (1^{ère} partie) », *JCP G*, n° 13, 28 mars 2011, doct. 359, pp. 602-606.

HEUZÉ Vincent, « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice. La soumission à un utilitarisme obscur (2^{ème} partie) », *JCP G*, n° 14, 4 avril 2011, doct. 397, pp. 657-661.

HEUZÉ Vincent, « Construction européenne, État de droit et droit international privé », in *Construction européenne et État de droit*, Vincent Heuzé, Jérôme Huet (dir.), Éditions Panthéon-Assas, 2012, pp. 123-134.

HEUZÉ Vincent, « Faut-il confondre les clauses d'élection de for avec les conventions d'arbitrage dans les rapports internationaux ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, pp. 295-309.

HEUZÉ Vincent, « Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police », *RCDIP*, 2020, pp. 31-60.

HEUZÉ Vincent, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle d'Allemagne du 5 mai 2020 : une revanche de l'État de droit sur le complexe du Gros Coco », *D.*, 2020, pp. 1534-1540.

HEYMANN Jérémy, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit international privé des personnes et de la famille. Perspective fédéraliste », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Amélie Panet, Hugues Fulchiron, Patrick Wautelet (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 41-59.

HOLLEAUX Dominique, « La litispendance internationale », *Trav. com. fr. DIP*, 1971-1973, pp. 203-230.

HUFNAGEL Saskia, MCCARTNEY Carole, « Introduction », in *Trust in International Police and Justice Cooperation*, Saskia Hufnagel, Carole McCartney (dir.), Oxford, Portland (Oregon), Hart Publishing, 2017, pp. 1-10.

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, n° 10, alerte 46, p. 2.

ILDEFONSE Frédérique, « Le corps morcelé de Dionysos », *Ateliers d'anthropologie*, 2019, [en ligne], consulté le 23 juillet 2020. URL : <https://journals.openedition.org/ateliers/11498#quotation>.

JAKAB András, SONNEVEND Pál, « Une continuité imparfaite : la nouvelle Constitution hongroise », *Jus Politicum*, n° 8, 2012, spéc. II. 2 [en ligne], consulté le 25 juin 2019. URL : <http://juspoliticum.com/article/Une-continuite-imparfaite-la-nouvelle-Constitution-hongroise-558.html>.

JÄNTERÄ-JAREBORG Maarit, « Europeanization of law : harmonisation or fragmentation — a family law approach », *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland*, vol. 5, 2010, pp. 504-515.

JAYME Erik, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, vol. 251, 1995, pp. 1-267.

JESSURUN D'OLIVEIRA Hans Ulrich, « Principe de nationalité et droit de nationalité. Notes de lecture au sujet du *Droit civil international* de François Laurent », in *Liber Memorialis François Laurent*, Johan Eraux, Boudewijn Bouckaert, Hubert Bocken, Helmut Gaus, Marcel Storme (éd.), Bruxelles, E.Story-Scientia, 1989, pp. 819-836.

JOUBERT Natalie, « La dernière pierre (provisoire ?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *RCDIP*, 2017, pp. 1-26.

KAKOURIS Constantinos N., « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres (Quelques réflexions parfois peu conformistes) », in *Du droit international au droit*

de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 319-345.

KAMDEM Innocent Fetze, « Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *RJT*, 2009, vol. 43, pp. 605-649.

KAUFF-GAZIN Fabienne, « L'espace de liberté, de sécurité et de justice : un laboratoire de la cohérence », in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Valérie Michel (dir.), Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, pp. 291-307.

KAUFMANN Sven, « Le *Bundesverfassungsgericht* et les limites à la primauté du droit de l'Union. Confrontation ou complémentarité dans l'intégration européenne ? », *RTD eur.*, 2017, pp. 59-73.

KELSEN Hans, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *RCADI*, vol. 42, 1932, pp. 117-352.

KEGEL Gerhard, « The crisis of conflict of laws », *RCADI*, vol. 112, 1964, pp. 91-268.

KESSEDJIAN Catherine, « La relation des textes de référence avec le droit primaire », in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Marc Fallon, Paul Lagarde, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), Dalloz, 2009, pp. 119-133.

KHAIRALLAH Georges, « La loi applicable à la succession », in *Perspectives du droit des successions européennes et internationales*, Georges Khairallah, Mariel Revillard (dir.), Defrénois, 2010, pp. 61-79.

KINSCH Patrick, « Principe d'égalité et conflit de lois », *Trav. com. fr. DIP*, 2002-2004, pp. 117-144.

KINSCH Patrick, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, vol. 318, 2005, pp. 9-331.

KINSCH Patrick, « Choice-of-law rules and the prohibition of discrimination under the ECHR », *NIPR*, 2011, pp. 19-24.

KINSCH Patrick, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, pp. 377-390.

KOHLER Christian, « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam », *RCDIP*, 1999, pp. 1-30.

KOHLER Christian, « Libre circulation du divorce ? Observations sur le règlement communautaire concernant les procédures en matière matrimoniale », in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. 1, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 231-248.

KOHLER Christian, « La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, pp. 67-79.

KOVAR Robert, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1993, vol. IV, book 1, pp. 15-122.

KOVAR Rober, « Éloge tempéré de l'incohérence », in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Valérie Michel (dir.), Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, pp. 41-46.

KREUZER Karl, « La communautarisation du droit international privé. Les acquis et les perspectives », in *Unifier le droit : le rêve impossible*, Louis Vogel (dir.), Éditions Panthéon-Assas, 2001, pp. 97-137.

LABAYLE Henri, « Les perspectives du contrôle juridictionnel de la confiance mutuelle dans l'Union européenne », in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Gilles de Kerchove, Anne Weyembergh (dir.), Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, pp. 123-147.

LABAYLE Henri, « La confiance mutuelle dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », in *Grenzüberschreitendes Recht. Crossing frontiers. Festschrift für Kay Hailbronner*, Heidelberg, Munich, Landsberg, Frechen, Hambourg, C. F. Müller, 2012, pp. 153-168.

LABAYLE Henri, « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *CDE*, 2014, n° 3, pp. 501-534.

LABAYLE Henri, « Marché intérieur et Espace de liberté, sécurité, justice : propos iconoclastes sur leurs relations mutuelles », Intervention lors de la Journée d'études *Marché intérieur et Espace de liberté, quel dialogue ?*, Bayonne, 17 avril 2014 [en ligne], consultée le 6 août 2019. URL : <http://www.gdr-elsj.eu/2014/04/22/droits-fondamentaux/marche-interieur-et-espace-de-liberte-securite-justice-propos-iconoclastes-sur-leurs-relations/>.

LABAYLE Henri, « Faut-il faire confiance à la confiance mutuelle ? », in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union : le long parcours de la justice européenne*, Turin, G. Giappichelli Editore, 2018, pp. 472-485.

LABRUSSE-RIOU Catherine, « La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère », *Trav. com. fr. DIP*, 1975-1977, pp. 111-143.

LACCHI Clelia, « Développements récents sur les coopérations renforcées : le difficile équilibre à assurer entre flexibilité et préservation des objectifs de l'Union », *RAE*, 2013, n° 4, pp. 785-801.

LAFFAILLE Franck, « De nouveaux droits pour les couples homosexuels... hors mariage », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2013, pp. 62-65.

LAGARDE Paul, « Le "dépeçage" dans le droit international privé des contrats », *RDIPP*, 1975, pp. 649-677.

LAGARDE Paul, « Le droit transitoire des règles de conflit après les réformes récentes du droit de la famille », *Trav. com. fr. DIP*, 1977-1979, pp. 89-112.

LAGARDE Paul, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. 196, 1986, pp. 9-238.

LAGARDE Paul, « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos notamment de l'arrêt *Dujaque* de la Première chambre civile du 22 juillet 1897) », *RCDIP*, 1988, n° 1, pp. 31-54.

LAGARDE Paul, « La nationalité française rétrécie », *RCDIP*, 1993, pp. 535-563.

LAGARDE Paul, « Sur la non-codification du droit international privé français », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 25, n° 1, 1998, art. 4, pp. 45-59.

LAGARDE Paul, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ*, 2004, n° 2, pp. 225-243.

LAGARDE Paul, « La reconnaissance mode d'emploi », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, pp. 481-501.

LAGARDE Paul, « Les principes de base du nouveau Règlement européen sur les successions », *RCDIP*, 2012, pp. 691-732.

LAGARDE Paul, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, pp. 19-25.

LAGARDE Paul, « Discours de remerciement », in *La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013*, Paul Lagarde (dir.), Pedone, 2013, pp. 7-13.

LAGARDE Paul, « Réflexions conclusives », in *Vers un statut européen de la famille*, Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon (dir.), Dalloz, 2014, pp. 267-276.

LAGARDE Paul, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? Conférence inaugurale », *RCADI*, vol. 371, 2015, pp. 9-42.

LAGARDE Paul, « L'eupéanisation du droit international privé - Conflit de lois », *EJTN* [en ligne], consulté le 20 décembre 2018. URL : http://www.ejtn.eu/PageFiles/6333/Rapport_Vienne_Lagarde.pdf.

LARDEUX Gwendoline, « 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 (Aix-en-Provence le 21 décembre 2007), Anne Leborgne, Isabelle Barrière-Brousse (dir.), Aix-en Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, pp. 91-124.

LARDEUX Gwendoline, « Rome III est mort. Vive Rome III ! », *D.*, 2011, pp. 1835-1841.

LAULHÉ SHAELOU Stéphanie, « "Nous les peuples". L'identité constitutionnelle dans les jurisprudences constitutionnelles tchèque, lettone et polonaise », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Laurence Burgogue-Larsen (dir.), Pedone, 2011, pp. 133-152.

LAVENEX Sandra, « Mutual recognition and the monopoly of force : limits of the single market analogy », *Journal of European Public Policy*, vol. 14, 2007, issue 5, pp. 762-779.

LEBEN Charles, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, 2001, n° 33, pp. 19-39.

LECUCQ Olivier, « Propos introductifs. Nationalité et citoyenneté », in *Nationalité et citoyenneté. Perspectives de droit comparé, droit européen et droit international*, Marie-Pierre Lanfranchi, Olivier Lecucq, Dominique Nazet-Allouche (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 13-20.

LÉCUYER Hervé, « La codification du droit international privé », *RJOI*, 2004, pp. 63-76.

LEFRANC David, « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé. Aspects de droit privé », *RCDIP*, 2005, n° 3, pp. 413-446.

LEHMANN Matthias, LEIN Eva, « L'espace de justice à la carte ? La coopération judiciaire en Europe à géométrie variable et à plusieurs vitesses », in *Le droit à l'épreuve des sièges et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, Madrid, LGDJ, Iprolex, 2018, pp. 1093-119.

LELIEUR Juliette, SINOPOLI Laurence, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : la reconnaissance mutuelle en débat : chronique de droit européen et comparé », *LPA*, n° 37, 22 février 2010, pp. 7-18.

LEMAIRE Sophie, « La connexité internationale », *Trav. com. fr. DIP*, 2008-2010, pp. 95-124.

LENAERTS Koen, « The principle of mutual recognition in the area of freedom, security and justice », *The Fourth Annual Sir Jeremy Lever Lecture*, All Souls College, Université d'Oxford, 30 janvier 2015, pp. 1-29 [en ligne], consulté le 20 mai 2019. URL : https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/the_principle_of_mutual_recognition_in_the_area_of_freedom_judge_lenaerts.pdf.

LENAERTS Koen, « La vie après l'avis : exploring the principle of mutual (yet not blind) trust », *Common Market Law Review*, 2017, vol. 54, pp. 805-840.

LENTI Leonardo, « Rapport italien. Droit de la famille », in *Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Journées italiennes de Turin et Côme, 2017, t. LXVII, Bruxelles, Paris, Bruylant, LB2V, 2018, pp. 381-392.

LEQUETTE Yves, « Ensembles législatifs et droit international privé des successions », *Trav. com. fr. DIP*, 1982-1984, pp. 163-192.

LEQUETTE Yves, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI*, vol. 246, 1994, pp. 1-233.

LEQUETTE Yves, « De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille », in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, pp. 245-263.

LEQUETTE Yves, « Préface », in *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, Charlotte Dubois, LGDJ, 2016, pp. ix-xiii.

LEVADE Anne, « Identité constitutionnelle et exigence existentielle. Comment concilier l'inconciliable », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Pedone, 2010, pp. 109-128.

LEWALD Hans, « Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé », *RCADI*, vol. 69, 1939, pp. 1-147.

LIBCHABER Rémy, « Réflexions sur le "désordre juridique français" », in *Une certaine idée du droit. Mélanges offerts à André Decocq*, Éditions du Juris-Classeur, 2004, pp. 405-416.

LOISEAU Grégoire, « L'identité... finitude ou infinitude », in *L'identité, un singulier au pluriel*, Blandine Mallet-Bricout, Thierry Favario (dir.), Dalloz, 2015, pp. 29-37.

LOUIS Jean-Victor, « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, pp. 443-461.

LOUIS-LUCAS Pierre, « L'impérieuse territorialité du Droit », *RCDIP*, 1935, pp. 633-661.

LOUIS-LUCAS Pierre, « Le conflit de nationalités », *RCADI*, vol. 64, 1938, pp. 1-70.

LOUIS-LUCAS Pierre, « Le problème de la loi applicable à l'état et à la capacité des personnes », *Trav. com. fr. DIP*, 1946-1948, pp. 95-128.

LOUIS-LUCAS Pierre, « Le développement de la compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois », in *Le droit français au milieu du XX^{ème} siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t. I, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1950, pp. 271-303.

LOUIS-LUCAS Pierre, « Territorialisme et nationalisme dans l'œuvre de J.-P. Niboyet », *Trav. com. fr. DIP*, 1955, pp. 11-42.

LOUSSOUARN Yvon, « La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé », *AIDI*, Session du Caire, vol. 62. II, 1987, pp. 127-178.

LOUSSOUARN Yvon, « Les réformes du droit international privé du divorce et de la filiation », in *La terre, la famille, le juge. Études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Economica, 1990, pp. 135-157.

MACCORMICK Neil, « Coherence in legal justification », in *Theory of legal science*, Proceedings of the conference on legal theory and philosophy of science (Lund, Sweden, 11-14, 1983), Aleksander Peczenik, Lars Lindahl, Bert van Roermund (dir.), Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, 1984, pp. 235-251.

MAILHÉ François, « Entre Icare et Minotaure, les notions autonomes de droit international privé de l'Union », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, Madrid, LGDJ, Iprolex, 2018, pp. 1137-1164.

MAGNON Xavier, « L'accès à la justice dans la théorie générale du droit », in *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Actes du colloque annuel de la Société française pour le droit de l'environnement (Toulouse, 5-6 novembre 2015), Julien Bétaille (dir.), Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2016, pp. 27-48.

MAKAROV Alexandre, « La nationalité de la femme mariée », *RCADI*, vol. 60, 1937, pp. 111-241.

MANCINI Pasquale-Stanislaw, « De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *Clunet*, 1874, pp. 221-239 et pp. 285-304.

MANSEL Hans-Peter, « L'adoption du principe de la nationalité par le EGBGB du 18 août 1896 », in *Liber Memorialis François Laurent*, Johan Eraux, Boudewijn Bouckaert, Hubert Bocken, Helmut Gaus, Marcel Storme (éd.), Bruxelles, E.Story-Scientia, 1989, pp. 819-836.

MARCHADIER Fabien, « Charte des droits fondamentaux et droit international privé – Aspects procéduraux », in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bertrand Favreau (dir.), Bruxelles, Bruylant 2010, pp. 81-100.

MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST Anne, « Qualification et concepts autonomes dans l'élaboration d'un code européen de droit international privé », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Marc Fallon, Paul Lagarde, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2011, pp. 319-326.

MARTEL David, « Les valeurs du droit français et la proposition de règlement sur les successions », *RLDC*, n° 77, décembre 2010, pp. 51-56.

MARTIN Sébastien, « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre "identité nationale" et "identité constitutionnelle" », *RFDC*, n° 91, 2012, n° 3, pp. 13-44.

MARTUCCI Francesco, « À l'obsession économique des nombres et au fétichisme juridique des règles, préférons le courage politique des choix. La BCE et la Cour constitutionnelle allemande », *JCP G*, 2020, étude 707, pp. 1062-1069.

MARZAL YETANO Toni, « The constitutionalisation of party autonomy in European family law », *JPIL*, 2010, vol. 6, n° 1, pp. 155-193.

MATTERA Alfonso, « La reconnaissance mutuelle : une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l'assise politique d'un modèle de société humaniste », *RDUE*, 2009, n° 3, pp. 385-418.

MAULIN Éric, « Cohérence et ordre juridique », in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Valérie Michel (dir.), Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, pp. 9-24.

MAURY Jacques, « Du conflit de nationalités et en particulier du conflit de deux nationalités étrangères devant les autorités et les juridictions françaises », in *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, t. I, LGDJ, 1950, pp. 367-395.

MAYER Danièle, « Évolution du statut de la famille en droit international privé », *JDI*, 1977, pp. 447-469.

MAYER Franz C., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Laurence Burgorgue-Larsen (dir.), Pedone, 2011, pp. 63-87.

MAYER Pierre, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP*, 1979, pp. 1-29, pp. 349-388 et pp. 537-583.

MAYER Pierre, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, 1985, n° 2, pp. 129-143.

MAYER Pierre, « L'État et le droit international privé », *Droits*, n° 16, 1992, pp. 33-44.

MAYER Pierre, « Préface », in *L'ordre juridique*, Santi Romano, traduction française de la deuxième édition de l'*Ordinamento giuridico*, Lucien François, Pierre Gothot, Dalloz, 2002, xxii-174 p.

MAYER Pierre, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 547-573.

MAYER Pierre, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général », *RCADI*, vol. 327, 2007, pp. 1-378.

MAZEAUD Denis, « La confiance légitime et l'estoppel », *RIDC*, 2006, vol. 58, n° 2, pp. 363-392.

MEIJERS Eduard Maurits, « Histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Âge, spécialement dans l'Europe occidentale », *RCADI*, vol. 49, 1934, pp. 544-686.

MEEUSEN Johan, « Instrumentalisation of private international law in the European Union : towards a European Conflicts Revolution », *European Journal of Migration and Law*, 2007, n° 3, pp. 287-305.

MEEUSEN Johan « L'Europe entre unité et diversité : du marché intérieur à l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans*, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), Dalloz, 2008, pp. 185-188.

MEEUSEN Johan, « Le droit international privé et le principe de non-discrimination », *RCADI*, vol. 353, 2012, pp. 9-184.

MÉGRET Jacques, « La spécificité du droit communautaire », *RIDC*, 1967, vol. 19, n° 3, pp. 565-577.

MEHDI Rostane, « L'identité de l'Union européenne », in *L'identité à la croisée des États et de l'Europe. Quel sens ? Quelles fonctions ?*, Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, Anne Levade, Valérie Michel, Rostane Mehdi (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 143-160.

MESTRE Jacques, « L'exigence de cohérence », *RJ Com*, 2011, n° 3, pp. 221-245.

MEZIOU Kalthoum, « Migrations et relations familiales », *RCADI*, vol. 345, pp. 1-386.

MICHEL Valérie, « L'ordre juridique étatique : un ordre juridique concurrencé ? La question du principe de reconnaissance mutuelle », *Annuaire de droit européen*, vol. II, 2004, pp. 31-50.

MITSILEGAS Valsamis, « The limits of mutual trust in Europe's AFSJ : from automatic inter - State cooperation to the slow emergence of the individual », *Yearbook of European Law*, 2012, vol. 31, n° 1, pp. 319-372.

MORARU Madalina, « "Mutual trust" from the perspective of national courts. A test in creative legal thinking », in *Mapping mutual trust : understanding and framing the role of mutual trust in EU law*, Evelien Brouwer, Damien Gerard (dir.), EUI Working Paper MWP, n° 2016/13, pp. 37-58.

MORET-BAILLY Joël, « La théorie pluraliste de Romano à l'épreuve des déontologies », *Droits*, n° 32, 2000, pp. 171-182.

MOTULSKY Henri, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Le droit subjectif en question. Arch. phil. droit*, t. 9, 1964, pp. 215-227.

MOUTON Jean-Denis, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Pedone, 2010, pp. 144-147.

MUIR WATT Horatia, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », in *L'américanisation du droit. Arch. phil. droit*, t. 45, 2001, pp. 271-284.

MUIR WATT Horatia, « European federalism and the new unilateralism », *Tulane Law Review*, vol. 82, 2008, pp. 1983-1998.

MUIR WATT Horatia, « La "conduite des conduites" et le droit international privé de la famille : réflexions sur la gouvernementalité à la lumière du règlement "Rome III" », in *Droit européen du divorce*, Sabine Corneloup (dir.), LexisNexis, 2013, pp. 729-740

MURAT Pierre, « Enjeu de structures sociales ou logiques de droits fondamentaux ? », in *La famille en mutation. Arch. phil. droit*, t. 57, Dalloz, 2014, pp. 285-300.

MURAT Pierre, « L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité », in *L'identité, un singulier au pluriel*, Blandine Mallet-Bricout, Thierry Favario (dir.), Dalloz, 2015, pp. 51-73.

MUSTASAARI Sanna, MÄKI-PETÄJÄ-LEINONEN Anna, GRIFFITHS Anne, « Identities and intersections. Critical perspectives on the person of the law », in *Subjectivity, citizenship and belonging in law*.

Identities and intersections, Anne Griffiths, Sanna Mustasaari, Anna Mäki-Petäjä-Leinonen, Oxon, New York, Routledge, 2017, pp. 3-26.

NABLI Bélig, « L'identité (constitutionnelle) nationale : limite à l'Union européenne ? », *RUE*, 2012, n° 556, pp. 210-215.

NAVEL Léa, « Les travaux préparatoires dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDP*, 2016, n° 5, pp. 1547-1575.

NEYRAND Gérard, « Identification sociale, personnalisation et processus identitaires », in *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Jacqueline Pousson-Petit (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 93-104.

NIBOYET Jean-Paulin, « L'universalité des règles de solution des conflits est-elle réalisable sur la base de la territorialité ? », *RCDIP*, 1950, pp. 509-527.

NIBOYET Marie-Laure, « Les conflits de procédures », *Trav. com. fr. DIP*, 1995-1996, pp. 71-95.

NIBOYET Marie-Laure, « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *JDI*, 2006, pp. 937-954.

NIBOYET Marie-Laure « Le principe de confiance mutuelle et les injonctions *anti-suit* », in *Forum shopping in the european judicial area*, Pascal de Vareilles-Sommières (dir.), Oxford, Portland (Oregon), Hart Publishing, 2007, pp. 77-89.

NICOLAÏDIS Kalypso, « Trusting the poles : constructing Europe through mutual recognition », *Journal of European Public Policy*, vol. 14, n° 5, 2007, pp. 682-698.

NORMAND Jacques, « Conclusions », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Anne-Marie Leroyer, Emmanuel Jeuland (dir.), Dalloz, 2004, pp. 167-181.

NORMAND Jacques, « Vers la reconnaissance d'un droit européen de l'exécution. Les différentes étapes depuis le Traité d'Amsterdam », in *Le visage inconnu de l'espace judiciaire européen*, Actes du colloque organisé par la revue *Droit et Procédures* des 20 et 21 juin 2003, Mélina Douchy-Oudot (dir.), Éditions juridiques et techniques, 2004, pp. 109-122.

NOURISSAT Cyril, « De quelques rattachements en droit international privé communautaire », in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 731-756.

NOURISSAT Cyril, « Les règlements européens en matière patrimoniale. Propos conclusifs », *Dr. fam.*, mai 2017, n° 5, Dossier Les règlements européens en matière patrimoniale, étude n° 36, pp. 44-47.

OPPETIT Bruno, « L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême », *D.*, 1990, chron. XIII, pp. 73-76.

ORMAND Robert, « L'utilisation particulière de la méthode d'interprétation des traités selon leur "effet utile" par la Cour de Justice des Communautés Européennes », *RTD eur.*, 1976, pp. 624-634.

PAMBOUKIS Charalambos P., « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *RCADI*, vol. 330, 2008, pp. 9-474.

PAMBOUKIS Charalambos P., « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *RCDIP*, 2008, pp. 513-560.

PAULINO PEREIRA Fernando, « La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne : bilan et perspectives », *RCDIP*, 2010, pp. 1-36.

PATAUT Étienne, « Qu'est-ce qu'un litige "intracommunautaire" ? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, pp. 365-385.

PATAUT Étienne, « L'espace judiciaire européen : un espace cohérent ? », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Anne Marie Leroyer, Emmanuel Jeuland (dir.), Dalloz, 2004, pp. 31-49.

PATAUT Étienne, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Trav. com. fr. DIP*, 2006-2008, pp. 71-97.

PELLET Alain, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. V, book 2, 1997, pp. 193-271.

PÉROZ Hélène, « Le règlement CE n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créanciers incontestés », *JDI*, 2005, n° 3, doct. 7, pp. 637-676.

PETERS Anne, « Par-delà la hiérarchie des ordres juridiques. Le pluralisme ordonné vu d'Allemagne », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Baptiste Bonnet (dir.), LGDJ, Lextenso éditions, 2016, pp. 1631-1651.

PFERSMANN Otto, « Identité descriptive et identité prescriptive », in *L'identité juridique de la personne humaine*, Géraldine Aïdan, Émilie Debaets (dir.), Actes du colloque organisé avec le soutien du Collège des Écoles Doctorales, de l'École Doctorale de Droit public, du Centre de Recherches en Droit Constitutionnel, et du Centre d'Études et de Recherche en Administration Publique, à l'Université Paris I - Panthéon-Sorbonne, le 1^{er} octobre 2009, L'Harmattan, 2013, pp. 413-418.

PIETER VAN DER MEI Anne, « The outer limits of the prohibition of discrimination on grounds of nationality : a look through the lens of Union citizenship », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, vol. 18, pp. 62-85.

PILLET Antoine, « Le droit international privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *Clunet*, 1894, pp. 417-435 et pp. 711-754.

PILLET Antoine, « Théorie continentale des conflits de lois », *RCADI*, vol. 2, 1924, pp. 447-495.

PINA Sandrine, « La connaissance pure du droit et ses limites », Communication présentée lors du VI^{ème} congrès français de droit constitutionnel, congrès de Montpellier, AFDC, 9-11 juin 2005,

atelier 4 : « Quels outils théoriques pour comprendre le droit ? », 23 p., [en ligne], consulté le 4 février 2018. URL : <http://constitutiolibertatis.hautetfort.com/files/PINA.pdf>.

PLUYETTE Gérard, « La jurisprudence du tribunal de Paris en matière d'exequatur des jugements étrangers (1964-1988) », *Trav. com. fr. DIP*, 1988-1990, pp. 27-57.

POCAR Fausto, « Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et la loi applicable au divorce », in *Mélanges en l'honneur de Mariel Révillard*, Defrénois, 2007, pp. 245-252.

POCAR Fausto, « Quelques réflexions sur le choix des sous-catégories et des éléments de rattachement dans des textes de référence », in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2009, pp. 69-76.

POIARES MADURO Miguel, « Contrapunctal law : European pluralism in action », in *Sovereignty in Transition*, Neil Walker (dir.), Portland, Hart Publishing, 2003, pp. 501-537.

POIARES MADURO Miguel, « Europe and the constitution : what if this is as good as it gets ? », in *European Constitutionalism Beyond the State*, Joseph H. H. Weiler, Marlene Wind (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 74-102.

POIARES MADURO Miguel, « So close and yet so far : the paradoxes of mutual recognition », *Journal of European Public Policy*, vol. 14, 2007, issue 5, pp. 814-825.

POIARES MADURO Miguel, « La fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel : l'approche du droit communautaire », in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Édouard Dubout, Sébastien Touzé (dir.), Pedone, 2010, pp. 199-213.

POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine, « Le défi de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, pp. 581-599.

POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine, « Ordre public et lois de police dans les textes de référence », in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2009, pp. 93-118.

POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine, « La priorité de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et l'élaboration d'un code européen de droit international privé », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé*, Marc Fallon, Paul Lagarde, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2011, pp. 51-67.

POLAT Vahit, « L'ordre constitutionnel français et l'efficacité du droit de l'Union européenne », *Communication au 9^{ème} Congrès français de droit constitutionnel des 26, 27 et 28 juin 2014*, 28 p. [en ligne], consulté le 23 mai 2019. URL : http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLC/C-polat_T2.pdf.

POLI Maria Daniela, « Le mariage homosexuel dans les jurisprudences constitutionnelles », *RIDC*, vol. 66, 2014, n° 3, pp. 843-856.

POUSSON-PETIT Jacqueline, « L'identité de la personne humaine au Royaume-Uni », in *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Jacqueline Pousson-Petit (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 343-365.

POUSSON-PETIT Jacqueline, « Conclusion », in *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Jacqueline Pousson-Petit (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 979-984.

PRECHAL Sacha, « Mutual trust before the Court of Justice of the European Union », *European Papers*, vol. 2, 2017, n° 1, pp. 75-92, spéc. p. 91, [en ligne], consulté le 7 mai 2019. URL : http://www.europeanpapers.eu/it/system/files/pdf_version/EP_EJ_2017_1_7_Article_Sacha_Prechal_2.pdf.

RAAPE Léo, « Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé », *RCADI*, vol. 50, 1934, pp. 401-544.

RAITERI Marco, « Citizenship as a connecting factor in private international law for family matters », *JPIL*, 2014, vol. 10, n° 2, pp. 309-334.

RAZ Joseph, « The relevance of coherence », *Boston University Law Review*, vol. 72, 1992, n° 2, pp. 273-321.

REDSLOB Robert, « Le principe des nationalités », *RCADI*, vol. 37, 1931, pp. 1-82.

REMIEN Olivier, « European private international law, the European Community and its emerging area of freedom, security and justice », *Common Market Law Review*, 2001, pp. 53-86.

RÉMY Benjamin, « Techniques interprétatives et systèmes de droit », *RGDIP*, 2011, n° 2, pp. 329-347.

RENUCCI Jean-François, « L'identité du cocontractant », *RTD com.*, 1993, pp. 441-483.

RIDEAU Joël, « La Cour constitutionnelle italienne et les rapports entre l'ordre juridique italien et le droit de l'Union européenne. Autonomie ou intégration ? », *RAE*, 2007-2008, n° 4 pp. 697-704.

RIALS Stéphane, « Supraconstitutionnalité et systématique du droit », in *Le système juridique. Arch. phil. droit*, t. 31, 1986, pp. 57-76.

RIDEAU Joël, « Les valeurs de l'Union européenne », *RAE*, 2012, n° 2, pp. 329-349.

RIEG Alfred, « L'harmonisation européenne du droit de la famille : mythe ou réalité ? », in *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck à l'occasion de son 65^{ème} anniversaire*, Fribourg, Éditions universitaires, 1990, pp. 473-499.

RIGAUX Anne, « Derrière les rideaux de fumée du traité de Lisbonne : le "retour des États" ? », in *La France, l'Europe et le monde. Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Pedone, 2008, pp. 447-465.

RIGAUX François, « Le conflit mobile en droit international privé », *RCADI*, vol. 117, 1966, pp. 329-444.

RIGAUX François, « Le pluralisme juridique face au principe de réalité », *Homenaje al professor Miaja de la Muela*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 291-301.

RIGAUX François, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. 213, 1989, pp. 9-407.

RITLÉNG Dominique, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », in *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Jean-Christophe Barbato, Jean-Denis Mouton (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 21-47.

RITLÉNG Dominique, « Le principe de primauté du droit de l'Union : quelle réalité ? », *RUE*, 2015, n° 593, pp. 630-637.

RIZCALLAH Cécilia, « The challenges to trust-based governance in the European Union : assessing the use of mutual trust as a driver of EU integration », *European Law Journal*, 2019, n° 25, pp. 37-56.

RIZCALLAH Cécilia, « Le principe de confiance mutuelle : une utopie malheureuse ? », *RTDH*, 2019, pp. 297-322.

ROCHFELD Judith, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : la confiance. De la "confiance" du consommateur ou du basculement d'un droit de protection de la partie faible à un droit de régulation du marché », *LPA*, n° 33, 16 février 2009, n° 3, p. 8.

ROMANO Gian Paolo, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité : développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP*, 2006, pp. 457-519.

ROUBIER Paul, « Les conflits dans le temps en droit international privé », *Revue de droit international privé*, 1931, pp. 38-86.

ROUSSEAU Dominique, « L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne ? », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Laurence Burgorgue-Larsen (dir.), Pedone, 2011, pp. 89-100.

ROUVILLOIS Frédéric, « L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *Working paper, Fondation pour l'innovation politique*, novembre 2006, pp. 2-34 [en ligne], consulté le 31 mai 2019. URL : http://www.fondapol.org/wp-content/uploads/pdf/documents/Etude_Efficacite_des_normes.pdf.

RUDHART Jean, « Les deux mères de Dionysos, Perséphone et Sémélé, dans les *Hymnes orphiques* », *Revue de l'histoire des religions*, 2002, pp. 483-501.

SAIZ ARNAIZ Alejandro, « Identité nationale et droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Laurence Burgorgue-Larsen (dir.), Pedone, 2011, pp. 101-131.

SANCHEZ José, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe et les clauses d'intégration nationale », *RFDC*, 2008, n° 2, pp. 351-377.

SCHIAVELLO Aldo, « On "coherence" and "law" : an analysis of different models », *Ratio Juris*, vol. 14, 2001, n° 2, pp. 233-243.

SCHLOSSER Peter F., « The abolition of *exequatur* proceedings — Including public policy review ? », *IPRax*, 2010, n° 2, pp. 101-104.

SCHNEIDER Bernard, « Le *forum conveniens* et le *forum non conveniens* (en droit écossais, anglais et américain) », *RIDC*, 1975, pp. 601-642.

SCHWARZ Michael, « Let's talk about trust, baby ! Theorizing trust and mutual recognition in the EU's area of freedom, security and justice », *European Law Journal*, 2018, vol. 24, n° 2/3, pp. 124-141.

SCHWIND Fritz, « Aspects et sens du droit international privé. Cours général », *RCADI*, vol. 187, 1984, pp. 9-144.

SIMON Denys, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, pp. 481-493.

SIMON Denys, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *RAE*, 1998, n°s 1-2, pp. 84-94.

SIMON Denys, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles. Colloque de la SFDI à Bordeaux*, Pedone, 2000, pp. 207-249.

SIMON Denys, « Rapport introductif. Cohérence et ordre juridique communautaire », in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Valérie Michel (dir.), Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, pp. 25-40.

SIMON Denys, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Laurence Burgorgue-Larsen (dir.), Pedone, 2011, pp. 27-43.

SIMON Denys, « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Europe*, 2015, n° 2, étude 2, pp. 4-9.

SIMON-DEPITRE Marthe, « La protection des mineurs en droit international privé, après l'arrêt *Boll* de la Cour internationale de justice », *Trav. com. fr. DIP*, 1960-1962, pp. 109-138.

SINOPOLI Laurence, « Droit au procès équitable et *exequatur*. Strasbourg sonne les cloches à Rome (à propos de l'arrêt *Pellegrini c. Italie* du 20 juillet 2001) », *Gaz. Pal.*, 23 juillet 2002, n° 204, pp. 2-12.

SOERENSEN Bente, « Suppression de l'*exequatur* », in *Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union*, *AJ fam.*, 2009, pp. 112-114.

STORSKRUBB Eva, « Mutual trust and the limits of abolishing *exequatur* in civil justice », in *Mapping mutual trust : understanding and framing the role of mutual trust in EU law*, Evelien Brouwer, Damien Gerard (dir.), EUI Working Paper MWP, n° 2016/13, pp. 15-22.

STORSKRUBB Eva, « Mutual trust and the dark horse of civil justice », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 20, 2018, pp. 179-201.

STURLÈSE Bruno, « L'extension du système de la Convention de Bruxelles au droit de la famille », *Trav. com. fr. DIP*, 1995-1998, pp. 49-70.

SZASZY Étienne, « Les règles de conflit de lois dans le temps (Théorie des droits acquis) », *RCADI*, vol. 47, 1934, pp. 145-257.

TEITGEN Pierre-Henri, « La décision dans la Communauté économique européenne », *RCADI*, vol. 134, 1971, pp. 589-709.

TERRÉ Dominique, « Le pluralisme et le droit », *Le pluralisme. Arch. phil. droit*, t. 49, 2005, pp. 69-83.

THOMAS Yan, « Le droit d'origine à Rome. Contribution à l'étude de la citoyenneté », *RCDIP*, 1995, pp. 253-290.

TRIGEAUD Jean-Marc, « La personne », in *Le sujet de droit. Arch. phil. droit*, t. 34, 1989, pp. 103-121.

TRUYOL Y SERRA Antonio, « Théorie du droit international public. Cours général », *RCADI*, vol. 173, 1981, pp. 9-443.

TULKENS Françoise, « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales. Enjeux et perspectives », in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, pp. 165-173.

TWARDUCH Paulina, « Le règlement européen en matière de régimes matrimoniaux de la perspective du droit polonais », *RCDIP*, 2016, pp. 465-514.

VAN HECKE Georges, « Principes et méthodes de solution des conflits de lois », *RCADI*, vol. 126, 1969, pp. 405-569.

VASSEUR-LAMBRY Fanny, « Compte rendu de l'ouvrage *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Jacqueline Pousson-Petit (dir.) », *LPA*, 6 mai 2004, n° 91, pp. 5-13.

VAUCHEZ Antoine, « L'Europe et son nom de code - Paradigme constitutionnel et formation d'un nouveau centre politique », in *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Stéphanie Hennette-Vauchez, Jean-Marc Sorel (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 239-256.

VERDURE Christophe, « La protection de l'environnement à la suite du traité de Lisbonne : quelles conséquences liées à la consécration du principe de cohérence ? », *CDE*, 2017, n° 2, pp. 467-495.

VERWILGHEN Michel, « Conflits de nationalités. Plurinationalité et apatridie », *RCADI*, vol. 277, 1999, pp. 9-484.

VILLA Vittorio, « Normative coherence and epistemological presuppositions of justification », in *Law, interpretation and reality. Essais in epistemology, hermeneutics and jurisprudence*, Patrick Nerhot (dir.), Dordrecht, Springer, 1990, pp. 431-455.

VIRALLY Michel, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, Pedone, 1964, pp. 488-505.

VITTA Edoardo, « Cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. 162, 1979, pp. 9-243.

VRELLIS Spyridon, « "Abus" et "fraude" dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, pp. 633-646.

WAUTELET Patrick, « Les relations familiales internationales — Retour sur trois tendances majeures », in *États généraux du droit de la famille. Actualités juridiques et judiciaires de la famille en 2014*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 203-247.

WAUTELET Patrick, « Fraude et autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Amélie Panet, Hugues Fulchiron, Patrick Wautelet (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 139-168.

WAUTELET Patrick, « Régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux des partenariats enregistrés en Europe. Propos introductifs », *Dr. fam.*, mai 2017, n° 5, Dossier Les règlements européens en matière patrimoniale, étude n° 28, pp. 10-11.

WEILER Joseph H. H., « Fédéralisme et constitutionnalisme : le *Sonderweg* de l'Europe », in *Une constitution pour l'Europe ?*, Renaud Dehousse (dir.), Presses de Sciences Po, 2002, pp. 151-176.

WELLER Marc-Philippe, « Les rattachements dans les conflits de lois », in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé*, Marc Fallon, Paul Lagarde, Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), Bruxelles, Berne, Berlin, Francfort-sur-le-Main, New York, Oxford, Vienne, Peter Lang, 2011, pp. 327-334.

WELLER Matthias, « Mutual trust : in search of the future of European Union private international law », *JPIL*, 2015, pp. 64-102.

WENDEL Matthias, « L'identité constitutionnelle dans le cadre fédéral : le cas de l'Allemagne dans l'Union européenne », in *L'identité à la croisée des États et de l'Europe. Quel sens ? Quelles fonctions ?*, Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, Anne Levade, Valérie Michel, Rostane Mehdi (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 231-261

WENGLER Wilhelm, « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », *RCDIP*, 1952, pp. 595-622 et *ibid.*, 1953, pp. 37-60.

WENGLER Wilhelm, « The general principles of private international law », *RCADI*, vol. 104, 1961, pp. 273-469.

WENGLER Wilhelm, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *RCDIP*, 1963, pp. 203-231 et pp. 503-527.

WEYEMBERGH Anne, « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne : mise en perspective », in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Gilles de Kerchove, Anne Weyembergh, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, pp. 25-63.

YASSEEN Mustafa Kamil, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *RCADI*, vol. 151, 1976, pp. 1-114.

ZILLER Jacques, « La constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux et les traditions constitutionnelles communes aux États », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, LGDJ, Lextenso éditions, 2012, pp. 665-679.

V. Commentaires de textes, entrées d'encyclopédies et de dictionnaires

ANCEL Bertrand, V^o « Conflit de lois dans le temps », *Répertoire de droit international*, Dalloz, décembre 2000.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, V^o « Exécution des décisions de justice (Droit à l'—) », *Dictionnaire des droits de l'homme*, Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Marguénaud, Stéphane Rials, Frédéric Sudre (dir.), PUF, 1^{ère} éd., 2008, réimp., 2012, pp. 415-418.

BERGÉ Jean-Sylvestre, PORCHERON Delphine, VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA Gustavo, V^o « Droit international privé et droit de l'Union européenne », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, avril 2017.

BOURDELOIS Béatrice, V^o « Mariage », *Répertoire de droit international*, octobre 2019.

BUFFELAN-LANORE Yvaine, V^o « Domicile, demeure et logement familial », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2014.

CARREAU Dominique, V^o « Traité international », *Répertoire de droit international*, Dalloz, septembre 2010.

CHALAS Christelle, « Commentaire de l'article 21 du règlement "Bruxelles II bis" », in *Droit européen du divorce*, Sabine Corneloup (dir.), LexisNexis, 2013, pp. 351-380.

CONSTANTIN JURCA Gheorghe, BOTINA Madalina (Stan), CONDURACHE Gabriela, GUÉRARD Stéphane, V^o « Législation comparée : Roumanie », *JCl. Notarial Répertoire*, fasc. 1 - Droit de la famille, 27 janvier 2014.

CONSTANTINESCO Vlad, MICHEL Valérie, V° « Compétences de l'Union européenne », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, juin 2011.

CORNELOUP Sabine, « Commentaire de l'article premier du règlement "Rome III" », in *Droit européen du divorce*, Sabine Corneloup (dir.), LexisNexis, 2013, pp. 493-515.

CORNU Gérard (dir.), V° « Effectivité », in *Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu (dir.), PUF, 13^{ème} éd., 2020, p. 384.

DESDEVISES Yvon, V° « Accès au droit/accès à la justice », in *Dictionnaire de la justice*, Loïc Cadiet (dir.), PUF, 2004, pp. 1-6.

FADLALLAH Ibrahim, V° « Statut personnel », *Répertoire de droit international*, Dalloz, septembre 2003.

FERRAND Frédérique, V° « Procès équitable », in *Dictionnaire de la justice*, Loïc Cadiet (dir.), PUF, 2004, pp. 1093-1099.

FOYER Jacques, COURBE Patrick, GUILLAUMÉ Johanna, V° « Conflits transitoires internationaux », *JCl. Droit international*, fasc. 533-1, 2014.

FOYER Jacques, COURBE Patrick, GUILLAUMÉ Johanna, V° « Conflits transitoires internationaux », *JCl. Droit international*, fasc. 533-1, 11 novembre 2019.

FOYER Jacques, COURBE Patrick, V° « Conflits mobiles », *JCl. Droit international*, fasc. 533-2, 19 février 2015.

FULCHIRON Hugues, V° « Nationalité », *JCl. Droit international*, 28 juin 2018, synth. 60.

GALLANT Estelle, V° « Règlement Bruxelles II bis » : compétence, reconnaissance et exécution en matières matrimoniale et de responsabilité parentale, *Répertoire de droit international*, janvier 2013.

GAUDEMET-TALLON Hélène, V° « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mars 2019.

GAUTIER Yves, V° « Espace judiciaire européen », in *Dictionnaire de la Justice*, Loïc Cadiet (dir.), PUF, 2004, pp. 437-443.

GRUBER Urs Peter, « Commentaire de l'article premier du règlement "Bruxelles II bis" », in *Droit européen du divorce*, Sabine Corneloup (dir.), LexisNexis, 2013, pp. 193-211.

GUILLAUMÉ Johanna, V° « Renvoi. Mécanisme du renvoi », *JCl. Droit international*, fasc. 532-10, 1^{er} décembre 2019.

HAMMJE Petra, V° « Domicile », *Répertoire de droit international*, Dalloz, septembre 2003.

HAMMJE Petra, V° « Divorce et séparation de corps », *Répertoire de droit international*, Dalloz, novembre 2018.

JOUBERT Natalie, « Commentaire de l'article 10 du règlement "Rome III" », in *Droit européen du divorce*, Sabine Corneloup (dir.), LexisNexis, 2013, pp. 595-603.

JOUBERT Natalie, « Commentaire de l'article 13 du règlement "Rome III" », in *Droit européen du divorce*, Sabine Corneloup (dir.), LexisNexis, 2013, pp. 623-629.

LAGARDE Paul, V° « Nationalité », *Répertoire de droit international*, Dalloz, juin 2013.

LAGARDE Paul, V° « Règlement n° 650/2012 sur les successions », *Répertoire de droit international*, Dalloz, septembre 2014.

LAGARDE Paul, V° « Succession », *Répertoire de droit international*, Dalloz, septembre 2015.

LALANDE André, V° « Cohérence », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^{ème} éd., 2010, p. 146.

LE ROBERT, V° « Efficacité », *Le Robert illustré*, 2018.

LEMOULAND Jean-Jacques, V° « Famille », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, septembre 2015.

LENTI Leonardo, ROMA Umberto, V° « Législation comparée : Italie. Mariage et dissolution », *JCl. Notarial Répertoire*, fasc. 2, 1^{er} juin 2007.

MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST Anne, V° « Espace de liberté, de sécurité et de justice », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, avril 2017.

MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST Anne, V° « Coopération et harmonisation : matière pénale », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, avril 2017.

MASSON Françoise, V° « Cohérence », in *Encyclopédie philosophique universelle. II. Les notions philosophiques*, t. 1, Sylvain Auroux, André Jacob (dir.), PUF, 1990, p. 349.

MEHDI Rostane, V° « Ordre juridique de l'Union européenne. Primauté du droit de l'Union européenne », *JCl. Europe Traité*, fasc. 196, 23 septembre 2017.

MUIR WATT Horatia, V° « Domicile », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland, Stéphane Rials (dir.), Lamy, PUF, 2003, pp. 410-412.

PLIAKOS Astéris, V° « Citoyenneté », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, mars 2012.

PRIOLLAUD François-Xavier, SIRITZKY David, *Le Traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE - TFUE)*, La Documentation française, 2008, 523 p.

RALSER Élise, V° « Domicile et résidence dans les rapports internationaux », *JCl. Droit international*, fasc. 543-10, 5 décembre 2016.

RENOUX Thierry-Serge, SENATORE Audrey, V° « Droit au juge », *Dictionnaire des droits de l'homme*, Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Marguénaud, Stéphane Rials, Frédéric Sudre (dir.), PUF, 1^{ère} éd., 2008, réimp., 2012, pp. 305-313.

RIDEAU Joël, V° « Ordre juridique de l'Union européenne », *JCl. Europe Traité*, fasc. 189, 8 février 2011.

ROCHFELD Judith, V° « La famille », in *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, pp. 109-114.

SALMON Jean (dir.), V° « Nationalité », *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 723-727.

SINDZINGRE Nicole, DUMÉRY Henry, V° « Personne », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 20 novembre 2017. URL : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/personne/>.

VAN OMMESLAGHE Pierre, PIESSEVAUX Vincent, V° « Marché intérieur », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, décembre 1992.

VI. Notes de jurisprudence, observations et conclusions

ANCEL Bertrand, note sous CJCE, 2 octobre 2008, *N. Hassett et C. Doherty c. South Eastern Health Board et autres*, *RCDIP*, 2009, p. 71.

BATIFFOL Henri, note sous Civ. 1, 17 avril 1953, *RCDIP*, 1953, p. 412.

BATIFFOL Henri, note sous Civ. 1, 15 mars 1955, *RCDIP*, 1955, p. 320.

BATIFFOL Henri, note sous Civ., 25 juin 1957, *Silvia*, *RCDIP*, 1957, p. 681.

BATIFFOL Henri, note sous Civ. 1, 15 mai 1961, *RCDIP*, 1961, p. 547.

BATIFFOL Henri, note sous Civ. 1, 13 janvier 1982, *RCDIP*, 1982, p. 551.

BOSKOVIC Olivera, note sous CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08, *D.*, 2010, p. 2868.

BOULOUIS Jean, CHEVALLIER Roger-Michel, note sous CJCE, 7 février 1973, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, aff. 39/72, *GACJCE*, n° 37, pp. 206-211.

BUCHET Jean, note sous Civ. 1, 17 avril 1953, *JCP*, 1953, II, 7863.

CHARRINS Charles-Auguste, conclusions rendues à propos de l'arrêt Req., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*, *D.*, 1878, p. 201.

CHAVRIER Maurice, note sous Civ. 1, 15 mars 1955, *D.*, 1955, p. 540.

CHRISTIANS LOUIS-LÉON, note sous CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini*, *RCDIP*, 2004, p. 106.

CONSTANTINESCO Vlad, note sous BVerfG, 22 octobre 1986, *Solange II*, *RTD eur.*, 1987, p. 537.

D'AVOUT Louis, obs. sous CJUE, 10 septembre 2015, *Holtermann Ferho*, aff. C-47/14, *JDI*, 2016, p. 1451.

DE CATERINI Paolo, note sous Corte costituzionale, 27 décembre 1973, *Frontini e Pozzani c. Ministère des finances*, n° 183/1973, *CDE*, 1975, n°s 1-2, p. 114.

FONGARO Éric, comm. sous Civ. 1, 27 septembre 2017, n^{os} 16-17.198 et 16-13.151, *JCP N*, 2017, p. 1305.

FRANCESCAKIS Phocion, note sous Civ. 1, 17 avril 1953, *RabelsZ*, 1955, p. 520.

FROMONT Michel, note sous BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, *RTD eur.*, 1975, p. 316.

GOLDMAN Berthold, note sous Civ. 1, 15 mars 1955, *Clunet*, 1956, p. 146.

GOLDMAN Berthold, note sous Civ. 1, 15 mai 1961, *Clunet*, 1961, p. 734.

HAUSER Jean, note sous Cass., Ass. plén., 11 décembre 1992, n^o 91-11.900, *RTD civ.*, 1993, p. 97.

HEYMANN Jérémy, étude de l'arrêt CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08, *Europe*, 2010, étude 7.

HOLLEAUX Georges, note sous Civ. 1, 15 mai 1961, *D.*, 1961, p. 437, 3^{ème} espèce.

KOKOTT Juliane, conclusions présentées le 8 mai 2008 dans l'affaire *Unión General de Trabajadores de La Rioja UGT-RIOJA e. a. c. Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e.a.* (CJCE, 11 septembre 2008, aff. jointes C-428/06, C-429/06, C-430/06, C-431/06, C-432/06, C-433/06 et C-434/06), *Rec.*, 2008, p. I-06747.

LABBÉ Joseph-Émile, note sous Req., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont, S.*, 1878, n^o 1, p. 193.

LAGARDE Paul, note sous Civ. 1, 28 novembre 2006, *RCDIP*, 2007, p. 397.

LAGARDE Paul, note sous CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, *RCDIP*, 2009, p. 80.

LAGARDE Paul, note sous CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08, *RCDIP*, 2010, p. 540.

LOUIS-LUCAS Pierre, note sous Civ. 1, 17 juin 1958, *Figué*, *JCP*, 1958, II, 10761.

MOTULSKY Henri, note sous Tribunal de la Seine le 28 juin 1950, *RCDIP*, 1951, p. 648.

MUIR WATT Horatia, note sous CJUE, 22 décembre 2010, C-491/10 PPU et CEDH, 12 juillet 2011, n^o 14737/09, *RCDIP*, 2012, p. 172.

NOURISSAT Cyril, REVILLARD Mariel, note sous Civ. 1, 27 septembre 2017, n^{os} 16-17.198 et 16-13.151, *JCP G*, 2017, p. 1236.

PHILONENKO Alexis, note sous Tribunal de la Seine le 28 juin 1950, *Clunet*, 1952, p. 174.

PLAISANT Robert, note sous Civ. 1, 17 avril 1953, *Clunet*, 1953, p. 860.

PLAISANT Robert, note sous Civ. 1, 15 mars 1955, *Clunet*, 1956, p. 860.

POIARES MADURO Miguel, conclusions présentées le 16 décembre 2004 dans l'affaire *Royaume d'Espagne c. Eurojust* (CJCE, Gr. ch., 15 mars 2005, aff. C-160/03), *Rec.*, 2005, p. I-2077.

POIARES MADURO Miguel, conclusions présentées le 8 octobre 2008 dans l'affaire *Michaniki AE c. TEVAE* (CJCE, 16 décembre 2008, aff. C-213/07), *Rec.*, 2008, p. I-9999.

PONSARD André, note sous Civ. 1, 15 mars 1955, *JCP*, 1955, II, 8771.

RUIZ-JARABO COLOMER Dámaso, conclusions présentées le 16 octobre 2008 dans l'affaire *Christopher Seagon c. Deko Marty Belgium* (CJCE, 12 février 2009, aff. C-399/07), *Rec.*, 2009, p. I-0767.

RUIZ-JARABO COLOMER Dámaso, conclusions présentées le 25 juin 2009 dans l'affaire *Umweltanwalt von Kärnten c. Kärntner Landesregierung* (CJCE, 10 décembre 2009, aff. C-205/08), *Rec.*, 2009, p. I-11525.

SAUGMANDSGAARD ØE Henrik, conclusions présentées le 14 septembre 2017 dans l'affaire Sahyouni (CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-372/16).

SZPUNAR Maciej, conclusions présentées le 22 janvier 2019 dans l'affaire *Pillar Securitisation c. Hildur Arnadottir* (CJUE, 2 mai 2019, aff. C-694/17).

USUNIER Laurence, note sous Civ. 1, 27 septembre 2017, n^{os} 16-17.198 et 16-13.151, *RTD civ.*, 2017, p. 833.

WATHELET Melchior, conclusions présentées le 11 janvier 2018 dans l'affaire *Coman* (CJUE, Gr. ch., 5 juin 2018, aff. C-673/16).

VII. Documents institutionnels, communiqués, résolutions, discours, études officielles et rapports

A. Droit français

ANCEL Marc, « Les conflits de nationalités. Contribution à la recherche d'une solution rationnelle des cas de multi-nationalité. Rapport présenté au Congrès international de droit comparé (La Haye, 1937) », *JDI*, 1937, pp. 19-40.

BUFFET François-Noël, OTHILY Georges, *Immigration clandestine : une réalité inacceptable, une réponse ferme, juste et humaine*, Rapport de la commission d'enquête du Sénat, n^o 300, 6 avril 2006.

COMITÉ FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *La codification du droit international privé. Discussion de l'avant-projet de la Commission de réforme du Code civil (20-21 mai 1955)*, Dalloz, 1956, 308 p.

FOYER Jacques, Rapport au nom de la commission de l'Assemblée nationale sur le projet de loi sur la nationalité française, 1^{ère} session ordinaire 1972-1973, séance du 2 octobre 1972, p. 2.

LONG Marceau, *Être français aujourd'hui et demain*, Rapport de la commission de la nationalité présenté par M. Long, président, au Premier ministre, 1988, Union générale d'éditions, spéc. t. II, p. 98.

MAZEAUD Pierre, « Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République. Discours prononcé le 3 janvier 2005 à l'Élysée », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n^o 18 [en ligne], consulté le 11 juillet 2019. URL : <https://www.conseil->

constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/voeux-du-president-du-conseil-constitutionnel-m-pierre-mazeaud-au-president-de-la-republique-0.

WEIL Patrick, « Des conditions d'application du principe du droit du sol pour l'attribution de la nationalité française », in *Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1997.

B. Droit du Conseil de l'Europe

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Résolution (72) 1 relative à l'unification des concepts juridiques de « domicile » et de « résidence », 18 janvier 1972 (206^{ème} réunion des Délégués des Ministres), *RCDIP*, 1973, p. 847.

C. Droit de l'Union européenne

Dans chaque catégorie, les documents sont classés par ordre chronologique.

Actes interinstitutionnels

Parlement européen, Conseil, Commission, Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer », JOUE, n° C 321/1, 31 décembre 2003.

Commission des Communautés européennes / Commission européenne

Commission des Communautés européennes, Communication sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78 (*Cassis de Dijon*), JOCE, n° C 256/2, 3 octobre 1980.

Commission des Communautés européennes, L'achèvement du marché intérieur. Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen (Milan, 28-29 juin 1985), 14 juin 1985, COM(85) 310 final.

Commission des Communautés européennes, Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne, JOCE, n° C 33/3, 31 janvier 1998.

Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, 26 juillet 2000, COM(2000) 495 final.

Commission des Communautés européennes, Communication au Parlement européen et au Conseil, Codification de l'Acquis communautaire, 21 novembre 2001, COM(2001) 645 final.

Commission des Communautés européennes, Communication, Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire, 5 décembre 2001, COM(2001) 726 final.

Commission des Communautés européennes, Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil 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, 15 avril 2003, COM(2003) 199 final.

Commission des Communautés européennes, Communication interprétative de la Commission. Faciliter l'accès de produits au marché d'un autre État membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle, JOUE, n° C 265/2, 4 novembre 2003, p. 2.

Commission des Communautés européennes, Livre vert Obligations alimentaires, 15 avril 2004, COM(2004) 254 final.

Commission des Communautés européennes, Communication au Conseil et au Parlement européen. Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations, 2 juin 2004, COM(2004) 401 final.

Commission des Communautés européennes, Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce, 14 mars 2005, COM(2005) 82 final.

Commission des Communautés européennes, Communication au Conseil et au Parlement européen, 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, 10 mai 2005, COM(2005) 184 final.

Commission des Communautés européennes, Communication 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, 15 décembre 2005, COM(2005) 648 final.

Commission des Communautés européennes, 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, 17 juillet 2006, COM(2006) 399 final.

Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens, 10 juin 2009, COM (2009) 262 final.

Commission des Communautés européennes, Décision de la Commission du 8 juin 2009 sur l'intention du Royaume-Uni d'accepter le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JOUE, n° L 149/73, 12 juin 2009.

Commission des Communautés européennes, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, 14 octobre 2009, COM(2009) 154 final.

Commission européenne, Rapport 2010 sur la citoyenneté de l'Union. Lever les obstacles à l'exercice des droits des citoyens de l'Union, 27 octobre 2010, COM(2010) 603 final.

Commission européenne, Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, 16 mars 2011, COM(2011) 126 final.

Commission européenne, 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, 16 mars 2011, COM(2011) 127 final.

Commission européenne, Communiqué de presse « Instaurer la confiance dans les systèmes judiciaires en Europe : le forum des "Assises de la justice" se propose de façonner l'avenir de la politique de l'UE en matière de justice », IP/13/1117, 21 novembre 2013.

Commission européenne, Décision n° 2014/39/UE du 27 janvier 2014 confirmant la participation de la Grèce à la coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, JOUE, n° L 23/41, 28 janvier 2014.

Commission européenne, Communiqué de presse « Vers un véritable espace européen de justice : renforcer la confiance, la mobilité et la croissance », IP/14/233, 11 mars 2014.

Commission européenne, Communication 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, 11 mars 2014, COM(2014) 144 final.

Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Faire de l'Europe ouverte et sûre une réalité, 11 mars 2014, COM(2014)154 final.

Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit, 11 mars 2014, COM(2014) 158 final.

Commission européenne, Rapport 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, 15 avril 2014, COM(2014) 225 final.

Commission européenne, 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, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte), 30 juin 2016, COM(2016) 411 final.

Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil, à la Banque centrale européenne, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Tableau de bord 2019 de la justice dans l'UE, 26 avril 2019, COM(2019) 198 final.

Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, Programme de travail de la Commission pour 2020. Une Union plus ambitieuse, 29 janvier 2020, COM(2020) 37 final.

Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, Remaniement du programme de travail de la Commission pour 2020, 27 mai 2020, COM(2020) 440 final.

Conseil / Conseil de l'Union européenne

JENARD Philippe, Rapport sur la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE, n° C 59/1, 5 mars 1979.

Conseil, Résolution du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, JOCE, n° C 136/1, 4 juin 1985.

Conseil, Rapport des professeurs D. Evrigenis et K. D. Kerameus relatif à l'adhésion de la République hellénique à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE, n° C 298/1, 24 novembre 1986.

BORRÁS Alegría, Rapport explicatif à la convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, JOCE, n° 221/27, 16 juillet 1998.

Conseil, Projet de programme des mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale, JOCE, n° C 12/1, 15 janvier 2001.

Conseil, Programme de La Haye : Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, 2005/C 53/01, JOUE, n° C 53/1, 3 mars 2005.

Conseil de l'Union européenne, Résultats du vote. Règlement du Parlement européen et du Conseil 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, ST 11181/12 INIT, 11 juin 2012.

Conseil Justice et affaires intérieures, Résultats de la session n° 3433, Bruxelles, 3 et 4 décembre 2015, ST 14937/15 INIT.

Conseil Justice et Affaires intérieures, Conférence de presse du 3 décembre 2015, [vidéo en ligne], consulté le 13 juin 2019. URL : <https://video.consilium.europa.eu/en/webcast/7b4765bc-a67d-4cac-8fc2-a40a4e41e076>.

Représentant permanent du Royaume-Uni auprès de l'Union européenne, Notification au Conseil Justice et Affaires intérieures de la participation du Royaume-Uni à la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte), 5 octobre 2016, [en ligne], consultée le 25 octobre 2019. URL : <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12821-2016-INIT/en/pdf>.

Conseil européen

Déclaration de Copenhague sur l'identité européenne, 14 décembre 1973, *Bulletin des Communautés européennes*, vol. 6, 1973, n° 12, pp. 118-122 ; Office des publications officielles des Communautés européennes, 1973, pp. 127-130.

Conseil européen, Conclusions du sommet de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, 200/1/99.

Conseil européen, Programme de Stockholm. Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, JOUE, n° C 115/1, 4 mai 2010.

Conseil européen, Conclusions du Conseil européen des 26 et 27 juin 2014, EUCO 79/14.

Conseil européen, Un nouveau programme stratégique 2019-2024, [en ligne], consulté le 6 juillet 2020. URL : <https://www.consilium.europa.eu/media/39916/a-new-strategic-agenda-2019-2024-fr.pdf>.

Parlement européen

HALLSTEIN Walter, « Intervention dans le débat juridique sur le rapport Dehousse (Primauté du droit communautaire sur le droit des États membres). Session de juin 1965 du Parlement européen », *RTD eur.*, 1965, pp. 247-254.

Parlement européen, Résolution du 23 novembre 2010 sur les composantes en droit civil, droit commercial, droit de la famille et droit international privé du plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm, INI/2010/2080(INI).

Parlement européen, Résolution législative du Parlement européen du 10 septembre 2013 sur 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 (COM(2011)0127 – C7-0094/2011 – 2011/0060(CNS)), P7_TA(2013)0337.

Parlement européen, Résolution législative du Parlement européen du 10 septembre 2013 sur 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 (COM(2011)0126 – C7-0093/2011 – 2011/0059(CNS)), P7_TA(2013)0338.

Parlement européen, Résolution du 17 janvier 2019 sur l'intégration différenciée, 2018/2093(INI).

Parlements nationaux

Assemblée nationale française, Commission des affaires européennes, Communication de M. Arnaud Leroy sur les règlements relatifs à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, 4 mai 2016, p. 6 [en ligne], consulté le 13 juin 2019.

URL : http://www2.assemblee-nationale.fr/content/download/43159/407507/version/2/file/communication+régimes+matrimoniaux+4_05_2016.pdf.

Propositions doctrinales

GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, Proposition pour une convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière familiale et successorale, Réunion de Heidelberg, 30 septembre-2 octobre 1993.

D. Droit comparé

WEIL Patrick, « L'accès à la citoyenneté : une comparaison de vingt-cinq lois sur la nationalité », in *Nationalité et citoyenneté, nouvelle donne d'un espace européen*, Travaux du centre d'études et de prévision du Ministère de l'Intérieur, mai 2002, n° 5, pp. 9-28.

VIII. Articles de presse

« Roumanie : "oui" à l'interdiction du mariage gay lors d'un référendum invalidé par l'abstention », *Libération*, 8 octobre 2018 [en ligne], consulté le 26 juin 2019. URL : https://www.liberation.fr/planete/2018/10/08/roumanie-oui-a-l-interdiction-du-mariage-gay-lors-d-un-referendum-invalidé-par-l-abstention_1683933.

TABLE DES DÉCISIONS ET AVIS

I. Juridictions internationales

A. CPJI/CIJ

CPJI, avis consultatif n° 4 du 7 février 1923, *Différend entre la France et la Grande-Bretagne au sujet des décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*, Rec. CPJI, Série B, n° 4, p. 7.

CPJI, ordonnance du 19 août 1929, *Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, Rec. CPJI, Série A, n° 22.

CIJ, avis consultatif du 18 juillet 1950, *Traités conclus avec la Bulgarie, la Roumanie et la Hongrie*, Rec. CIJ, 1950, p. 229.

CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm*, Rec. CIJ, 1955, p. 4.

B. Cour permanente d'arbitrage

Cour permanente d'arbitrage, 3 mai 1912, *Italie c. Pérou, Affaire Canevaro*, Recueil des sentences arbitrales, t. XI, p. 397.

C. Commissions et tribunaux bilatéraux

Tribunal mixte franco-allemand, 10 juillet 1926, *Affaire Barthez de Montfort*, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix, t. VI, p. 806.

Commission de conciliation italo-américaine, 10 juin 1955, Recueil des sentences arbitrales, t. XIV, p. 236, décision n° 55.

II. Juridictions européennes

A. Cour européenne des droits de l'homme et Commission européenne des droits de l'homme

CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, Série A, n° 18.

Commission européenne des droits de l'homme, 13 mai 1976, req. n° 6200/73, *Digest of Strasbourg Case-law relating to the European Convention on Human Rights*, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 1984, vol. 2, p. 269.

CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, Série A, n° 32.

CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston et autres c. Irlande*, req. n° 9697/82, Série A, n° 112.

CEDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, req. n° 13343/87, *Série A*, n° 232-c ; *AJDA*, 1992, p. 416, chron. J.-F. FLAUSS ; *D.*, 1992, p. 323, chron. C. LOMBOIS ; *ibid.*, p. 325, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, 1993, p. 101, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.*, 1992, p. 540, obs. J. HAUSER ; *JCP*, 1992, II. 21955, note T. GARÉ.

CEDH, 12 janvier 1999, *Karashev c. Finlande*, req. n° 31414/96, *Rec. CEDH*, 1999-II, p. 403.

CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, req. n° 30882/96, *Rec. CEDH*, 2001-VIII, p. 353 ; *RCDIP*, 2004, p. 106, note L.-L. CHRISTIANS ; *RTD civ.*, 2001, p. 986, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *Gaz. Pal.*, 23 juillet 2002, n° 204, doct. 1157, pp. 2-12, note L. SINOPOLI ; *RTDH*, 2002, p. 463, note J.-P. COSTA.

CEDH, Gr. ch., 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, req. n° 45036/98, *Rec. CEDH*, 2005-VI, p. 107 ; *AJDA*, 2005, p. 1886, note J.-F. FLAUSS ; *JCP G*, 2005, II, 10128, note F. SUDRE ; *RFDA*, 2006, p. 566, note J. ANDRIANTSIMBAZOVINA ; *RTD eur.*, 2005, p. 749, obs. J.-P. JACQUÉ ; *L'Europe des libertés*, 2005, n° 17, p. 6, obs. F. KAUFF-GAZIN ; *RTDH*, 2005, p. 827, note F. BENOÎT-ROHMER ; *RGDIP*, 2006, p. 85, note A. CIAMPI.

CEDH, 22 juin 2006, *Kaftailova c. Lettonie*, req. n° 59643/00.

CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, req. n° 76240/01 ; *D.*, 2007, p. 2700, note F. MARCHADIER ; *RCDIP*, 2007, p. 807, note P. KINSCH ; *JDI*, 2008, p. 183, note L. D'AVOUT ; *Gaz. Pal.*, 2008, n° 82, p. 30, note M.-L. NIBOYET ; *RJPF*, 2007, n° 11, p. 23, obs. M.-C. LE BOURSICOT.

CEDH, 9 mars 2010, *Ammdjadi c. Allemagne*, req. n° 51625/08.

CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04, *Rec. CEDH*, 2010-IV, p. 409 ; *D.*, 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *AJ fam.*, 2010, p. 333, somm. V. AVENAROBARDET ; *RTD civ.*, 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.*, p. 765, obs. J. HAUSER ; *Constitutions*, 2010, p. 557, obs. L. BURGORGUE-LARSEN ; *JCP G*, 2010, p. 1013, obs. H. FULCHIRON ; *ibid.*, act. 768, p. 1412, obs. C. PICHERAL ; *Dr. fam.*, 2010, comm. 143, note E. LAGARDE.

CEDH, 13 juillet 2010, *Kuric et a. c. Slovénie*, req. n° 26828/06.

CEDH, 14 juin 2011, *Ivanova et Petrova c. Bulgarie*, req. n° 15001/04 ; *D.*, 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE.

CEDH, 18 juin 2013, *Povse c. Autriche*, req. n° 3890/11 ; *D.*, 2014, p. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.*, 2013, p. 514, obs. A. BOICHÉ ; *RCDIP*, 2014, p. 303, note G. CUNIBERTI.

CEDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli*, req. n° 25358/12 ; *D.*, 2015, p. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHT ; *ibid.*, p. 755, obs. J.-C. GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT ; *AJ fam.*, 2015, p. 165, obs. E. VIGANOTTI ; *ibid.*, p. 77, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et al. c. Italie*, req. n°s 18766/11 et 36030/11 ; *D.*, 2015, p. 2160, note H. FULCHIRON ; *AJ fam.*, 2015, p. 615, obs. M. ROUILLARD.

CEDH, 23 mai 2016, *Avotins c. Lettonie*, req. n° 17502/07 ; *AJDA*, 2016, p. 1738, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2017, p. 1011, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *RTDH*, 2017, p. 391, note F. BENOÎT-ROHMER.

CEDH, 10 janvier 2017, *Barbiaz c. Pologne*, req. n° 1955/10.

B. Cour de justice des Communautés européennes / Cour de justice de l'Union européenne

Arrêts et ordonnances

CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet*, aff. 6/60, *Rec.*, 1960, p. 1131.

CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, 1963, p. 3.

CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa en Schaake*, aff. jointes 28 à 30/62, *Rec.*, 1963, p. 61.

CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, aff. 75/63, *Rec.*, 1964, p. 347.

CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, 1964, p. 1149.

CJCE, 13 novembre 1964, *Commission c. Belgique et Luxembourg*, aff. jointes 90 et 91/63, *Rec.*, 1964, p. 1217.

CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm*, aff. 14/68, *Rec.*, 1969, p. 1.

CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.*, 1970, p. 1125.

CJCE, 31 mars 1971, *AETR*, aff. C-22/70, *Rec.*, 1971, p. 263 ; *D.*, 1972, p. 456, note J. RIDEAU ; *RTD eur.*, 1971, p. 796, chron. L.-J. CONSTANTINESCO ; *CDE*, 1971, p. 479, note J.-V. LOUIS.

CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, aff. C-78/70, *Rec.*, 1971, p. 487.

CJCE, 1^{er} février 1972, *Hagen OGH*, aff. 49/71, *Rec.*, 1972, p. 23.

CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, *Rec.*, 1974, p. 491.

CJCE, 6 octobre 1976, *Tessili*, aff. 12/76, *Rec.*, 1976, p. 1473 ; *D.*, 1977, p. 616, 1^{ère} espèce, note G. A. L. DROZ ; *RCDIP*, 1977, p. 751, 1^{ère} espèce, note P. GOTHOT, D. HOLLEAUX ; *JDI*, 1977, p. 714, obs. A. HUET.

CJCE, 14 octobre 1976, *Eurocontrol*, aff. 29/76, *Rec.*, 1976, p. 1541 ; *RCDIP*, 1977, p. 776, note G. A. L. DROZ ; *JDI*, 1977, p. 707, note A. HUET ; *CDE*, 1977, p. 146, note P. LELEUX.

CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, *Rec.*, 1976, p. 1989 ; *RTD eur.*, 1977, p. 93, note G. NAFILYAN.

CJCE, 16 décembre 1976, *Comet*, aff. 45/76, *Rec.*, 1976, p. 2043 ; *RTD eur.*, 1977, p. 93, note G. NAFILYAN.

CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, 1978, p. 629 ; *AJDA*, 1978, p. 324, note J. BOULOUIS ; *CDE*, 1978, p. 265, obs. A. BARAV.

CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, aff. 120/78, *Rec.*, 1979, p. 649 ; *RTD eur.*, 1980, p. 611, note J.-M. MASCLLET ; *RMC*, 1980, n° 241, p. 505, note A. MATTERA.

CJCE, 13 décembre 1979, *Hauer*, aff. 44/79, *Rec.*, 1979, p. 3727.

CJCE, 5 mai 1982, *Schul c. Inspecteur des droits d'importation et des accises de Roosendaal*, aff. 15/81, *Rec.*, 1982, p. 1409.

CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 283/81, *Rec.*, 1982, p. 3415 ; *RTD eur.*, 1983, p. 159, note R. LAGRANGE ; *RMCUE*, 1983, p. 363, note J.-M. MASCLLET.

CJCE, 9 novembre 1983, *Administration des finances de l'État italien c. SpA San Giorgio*, aff. 199/82, *Rec.*, 1983, p. 3595.

CJCE, ord., 5 mars 1986, *Wünsche*, aff. 69/85, *Rec.*, 1986, p. 947.

CJCE, 8 décembre 1987, *Gubisch*, aff. 144/86, *Rec.*, 1987, p. 4871 ; *RCDIP*, 1988, p. 370, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 1988, p. 537, obs. A. HUET.

CJCE, 4 février 1988, *Hoffmann c. Krieg*, aff. 145/86, *Rec.*, 1988, p. 645 ; *RCDIP*, 1988, p. 598, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 1989, p. 449, obs. A. HUET.

CJCE 2 février 1989, *Cowan*, aff. C-186/87, *Rec.* p. 195.

CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, 1991, p. I-5403, *RFDA*, 1992, p. 1, note L. DUBOUIS ; *AJDA*, 1992, p. 143, note P. LE MIRE ; *RTD eur.*, 1992, p. 27, note F. SCHOCKWEILER ; *JDI*, 1992, p. 426, note V. CONSTANTINESCO ; *JCP G*, 1992, II, 21783, note A. BARAV ; *Dr. adm.*, 1991, n° 537 ; *ibid.*, 1992, doct., p. 1, note J.-B. AUBY ; *Europe*, 1991, p. 1, chron. D. SIMON ; *LPA*, n° 93, 4 août 1993, pp. 32-, note T. LARZUL ; *RJDA*, 1991, p. 831, note C. KESSEDJIAN ; *RMUE*, 1991, p. 4, note A. MATTERA ; *ibid.*, 1992, p. 187, note A. CARNELUTTI.

CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Rec.*, 1992, p. I-3967 ; *RCDIP*, 1992, p. 726, note H. GAUDEMET-TALLON ; *RTD civ.*, 1993, p. 131, obs. P. JOURDAIN ; *RTD eur.*, 1992, p. 709, note P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES ; *JDI*, 1993, p. 469, obs. J.-M. BISCHOFF ; *JCP G*, 1992, II, 21927, note C. LARROUMET ; *ibid.*, 1993, I, 3644, n° 1, obs. G. VINEY ; *JCP E*, 1992, p. 363, note P. JOURDAIN.

CJCE 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff. C-369/90, *Rec.* p. I-4239 ; *RTD eur.*, 1992, p. 687, chron. J. G. HUGLO ; *RGDIP*, 1993, p. 107, note D. RUZIÉ ; *JDI*, 1993, p. 430, note M.-C. BOUTARD-LABARDE.

CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis*, aff. C-168/91, *Rec.*, 1993, p. I-1191.

CJCE, 28 avril 1994, *Hoorn*, aff. C-305/92, *Rec.*, 1994, p. I-01525.

CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame III*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Rec.*, 1996, p. I-1029, *RFDA*, 1996, p. 583, note L. DUBOUIS ; *AJDA*, 1996, p. 489, note D. SIMON ; *Europe*, 1996, p. 1, chron. A. RIGAUX.

CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-473/93, *Rec.*, p. I-3207.

CJCE, 10 juin 1999, *Johannes*, aff. C-430/97, *Rec.*, 1999, p. I-03475.

CJCE, 21 octobre 1999, *Zenatti*, aff. C-67/98, *Rec.*, 1999, p. I-07289 ; *AJDA*, 2000, p. 315, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL, G. DE BERGUES.

CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, aff. C-7/98, *Rec.*, 2000, p. I-01935 ; *D.*, 2000, IR, p. 122 ; *RSC*, 2000, p. 686, obs. L. IDOT ; *RTD civ.*, 2000, p. 944, obs. J. RAYNARD.

CJCE, 31 mai 2001, *D. et Suède c. Conseil*, aff. jointes C-122/99 et 125/99.

CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.*, 2001, p. I-6193 ; *D.*, 2001, p. 2943 ; *Dr. soc.*, 2001, p. 1103, note J.-P. LHERNOULD ; *RDSS*, 2002, p. 396, obs. I. DAUGAREILH ; *RTD eur.*, 2003, p. 553, note F. DAVID.

CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R. c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-413/99, *Rec.*, 2002, p. I-07091 ; *AJDA*, 2003, p. 1038, chron. Jean-Marc BELORGEY, Stéphane GERVASONI, Christian LAMBERT ; *RSC*, 2003, p. 156, obs. Laurence IDOT.

CJCE, 1^{er} octobre 2002, *Henkel*, aff. C-167/00, *Rec.*, 2002, p. I-8111 ; *D.*, 2002, p. 3200, note H. K. GABA ; *RCDIP*, 2003, p. 682, note P. RÉMY-CORLAY ; *RTD. com.*, 2003, p. 204, obs. A. MARMISSE.

CJCE, 11 février 2003, *Gözütök et Brügge*, aff. jointes C-187/01 et C-385/01, *Rec.*, 2003, p. I-1345 ; *AJDA*, 2003, p. 384, chron. J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT ; *D.*, 2003, p. 1458, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *Europe*, 2003, n° 124, comm. Y. GAUTIER ; *RSC*, 2003, p. 618, obs. F. MASSIAS.

CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.*, 2003, p. I-10239 ; *AJDA*, 2003, p. 2146, chron. J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT ; *RTD eur.*, 2004, p. 283, obs. A.-S. BOTELLA ; *Europe*, 2003, p. 1, chron. D. SIMON.

CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, *Rec.*, 2003, p. I-11613 ; *D.*, 2004, p. 1476, note M. AUDIT ; *RTD. civ.*, 2004, p. 62, obs. J. HAUSER, *RTD eur.* 2004, p. 559, note A. ILIOPOULOU ; *RCDIP*, 2004, p. 184, note P. LAGARDE.

CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, aff. C-243/01, *Rec.*, 2003, p. I-13031 ; *AJDA*, 2004, p. 321, chron. J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT ; *D.*, 2003, p. 2868 ; *RTD eur.*, 2004, p. 533, chron. C. PRIETO ; *JCP G*, 2004, II, p. 10172, note T. VERBIEST, P. REYNAUD ; *Europe*, 2004, n° 17, comm. L. IDOT.

CJCE, Ass. plén., 27 avril 2004, *Turner c. Grovit*, aff. C-159/02, *Rec.*, 2004, p. I-3565 ; *D.*, 2004, p. 1919, note R. CARRIER ; *RCDIP*, 2004 p. 654, note H. MUIR WATT ; *RTD civ.*, 2004, p. 549, obs. P. THÉRY ; *RTD com.*, p. 637, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST.

CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhaus*, aff. C-36/02, *Rec.*, p. I-9609.

CJCE, Gr. ch., 1^{er} mars 2005, *Owusu*, aff. C-281/02, *Rec.*, 2005, p. I-1383 ; *RCDIP*, 2005, p. 698, note C. CHALAS ; *D.*, 2006, pan. 1259, obs. C. NOURISSAT ; *ibid.*, pan. 1495, obs. F. JAULT-SESEKE ; *JDI*,

2005, p. 1177, note G. CUNIBERTI, M. WINCKLER ; *Europe*, mai 2005, comm. 189, obs. L. IDOT ; *Gaz. Pal.*, 2005, n° 148, note M.-L. NIBOYET.

CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne c. Royaume-Uni*, aff. C-145/04, *Rec.*, 2006, p. 7917.

CJCE, 15 février 2007, *Eirini Lechouritou et al.*, aff. C-292/05, *Rec.*, 2007, p. I-1519 ; *RCDIP*, 2008, p. 61, note H. MUIR WATT, É. PATAUT ; *Europe*, 2007, comm. 125, obs. L. IDOT.

CJCE, 6 mars 2007, *Placanica et al.*, aff. jointes C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Rec.*, 2007, p. I-01891 ; *RTD eur.*, 2009, p. 511, chron. A.-L. SIBONY, A. DEFOSSEZ.

CJCE, Gr. ch., 27 novembre 2007, *C.*, aff. C-435/06, *Rec.*, p. I-10141 ; *RCDIP*, 2009, p. 342, note E. GALLANT.

CJCE, Gr. ch., 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, *Rec.*, 2008, p. I-7639 ; *RCDIP*, 2009, p. 80, note P. LAGARDE ; *JDI*, n° 1, 2009, comm. 7, p. 203, note L. D'AVOUT.

CJCE, Gr. ch., 16 décembre 2008, *Michaniki*, aff. C-213/07, *Rec.*, 2008, p. I-9999 ; *AJDA*, 2009, p. 245, chron. E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT ; *RDI*, 2009, p. 244, note R. NOGUELLOU.

CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer*, aff. C-169/07, *Rec.*, 2009, p. I-01721 ; *AJDA*, 2009, p. 980, chron. E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT ; *RFDA*, 2011, p. 377, chron. L. CLÉMENT-WILZ, F. MARTUCCI, C. MAYEUR-CARPENTIER ; *RTD eur.*, 2010, p. 129, chron. A.-L. SIBONY, A. DEFOSSEZ ; *Europe*, 2009, n° 187, obs. F. KAUFF-GAZIN.

CJCE, 2 avril 2009, aff. C-523/07, *Rec.*, 2009, p. I-2805 ; *D.*, 2009, p. 1149 ; *ibid.*, 2010, p. 1585, obs. P. COURBE, F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.*, 2009, p. 294, étude A. BOICHÉ ; *RCDIP*, 2009, p. 791, note E. GALLANT ; *RTD civ.*, 2009, p. 714, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.*, 2010, p. 421, chron. M. DOUCHY-LOUDOT, E. GUINCHARD.

CJCE, 28 avril 2009, *Meletis Apostolides c. David Charles Orams, Elizabeth Orams*, aff. C-420/07, *Rec.*, 2009, p. I-3571 ; *RCDIP*, 2010, p. 377, note É. PATAUT.

CJCE, 16 juillet 2009, *Hadadi*, aff. C-168/08, *Rec.*, 2009, p. I-6871 ; *D.*, 2009, p. 2106, obs. V. EGÉA ; *ibid.*, 2010, pan. p. 1243, obs. L. WILLIATTE-PELLITTERI ; *ibid.*, pan. p. 1585, obs. F. JAULT-SESEKE ; *RCDIP*, 2010, p. 184, note C. BRIÈRE ; *AJ fam.*, 2009, p. 348, obs. A. BOICHÉ ; *RTD eur.*, 2010, p. 430, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *ibid.*, p. 617, chron. É. PATAUT ; *ibid.*, p. 769, note P. LAGARDE ; *JDI*, 2010, comm. 4, p. 157, note L. D'AVOUT ; *Europe*, 2009, comm. 389, note L. IDOT ; *Dr. fam.*, 2009, alerte 64, obs. M. BRUGGEMAN ; *Procédures*, 2009, comm. 361, note C. NOURISSAT ; *RJPF*, nov. 2009, p. 16, note M.-C. MEYZEAUD-GARAUD ; *RLDC*, nov. 2009, p. 44, note É. Pouliquen ; *Gaz. Pal.*, 23 janv. 2010, p. 34, note N. KHENKINE-SONIGO ; *JDE*, 2010, n° 10, p. 306, obs. A. NUYS, H. BOULARBAH.

CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08, *Rec.*, 2010, p. I-01449 ; *AJDA*, 2010, p. 937, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT ; *D.*, 2010, p. 2868, obs. O. BOSKOVIC ; *RCDIP*, 2010, p. 540, note P. LAGARDE ; *RSC*, 2010, p. 709, chron. L. IDOT ; *RTD eur.*, 2010, p. 599, chron. L. COUTRON ; *ibid.*,

p. 617, chron. É. PATAUT ; *Rev. UE*, 2013, p. 45, chron. E. SABATAKAKIS ; *Europe*, 2010, étude 7, J. HEYMANN.

CJUE, 15 juillet 2010, *Bianca Purruccer c. Guillermo Vallés Pérez*, aff. C-256/09 PPU, *Rec.*, 2010, p. I-7353 ; *AJ fam.*, 2010, p. 539, obs. A. BOICHÉ ; *Europe*, 2010, n° 350, note L. IDOT ; *Procédures*, 2010, n° 343, note C. NOURISSAT.

CJUE, 22 décembre 2010, *Aguirre Zarraga*, aff. C-491/10 PPU, *Rec.*, 2010, p. I-14247 ; *D.*, 2011, p. 1374, obs. F. JAULT-SESEKE ; *RCDIP*, 2012, p. 172, note H. MUIR WATT ; *RTD eur.*, 2011, p. 482, obs. M. DOUCHY-LOUDOT.

CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *Rec.*, 2010, p. I-13693 ; *RTD civ.*, 2011, p. 98, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.*, 2011, p. 571, obs. É. PATAUT.

CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, *Rec.*, p. I-3375 ; *D.*, 2011, p. 1604, note S. CORNELOUP ; *ibid.*, p. 390, obs. F. JAULT-SESEKE ; *RTD eur.*, 2011, p. 564, obs. É. PATAUT ; *AJDA*, 2011, p. 1614, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT ; *JCP G*, n° 27, 2011, p. 800, note S. HENNION ; *JCP S*, n° 30, 2011, p. 1363, comm. J. CAVALLINI ; *JDI*, n° 2, 2012, p. 772, obs. S. FRANCO.

CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn*, C-391/09, *Rec.*, 2011, p. I-3787 ; *AJ fam.*, 2011, p. 332, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *Constitutions*, 2011, p. 332, obs. A. LEVADE ; *RTD civ.*, 2011, p. 507, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.*, 2011, p. 571, obs. É. PATAUT ; *ibid.*, 2012, p. 405, obs. F. BENOÎT-ROHMER ; *Europe*, 2011, n° 238, note D. SIMON ; *Rev. UE*, 2013, p. 313, chron. E. SABATAKAKIS.

CJUE, Gr. ch., 21 décembre 2011, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department*, aff. jointes C-411/10 et C-493/10 ; *AJDA*, 2011, p. 2505 ; *ibid.*, 2012, p. 306, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT ; *D.*, 2012, p. 151 ; *ibid.*, p. 390, obs. O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT, K. PARROT ; *RFDA*, 2012, p. 377, chron. L. CLÉMENT-WILZ, F. MARTUCCI, C. MAYEUR-CARPENTIER ; *RTD eur.*, 2012, p. 401, obs. F. BENOÎT-ROHMER.

CJCE, 29 janvier 2013, *Radu*, aff. C-396/11 ; *RTD eur.*, 2013, p. 812, obs. P. BEAUVAIS ; *Europe*, 2013, comm. 126, obs. F. GAZIN ; *AJ pénal*, 2013, p. 287, obs. J. LELIEUR ; *RPDP*, 2013, p. 409, obs. B. THELLIER DE PONCHEVILLE.

CJUE, 26 février 2013, *Melloni c. Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11 ; *RTD eur.*, 2013, p. 267, obs. D. RITLENG ; *ibid.*, p. 812, obs. P. BEAUVAIS ; *AJ pénal*, 2013, p. 350, obs. J. LELIEUR ; *Europe*, 2013, comm. 166, obs. F. GAZIN ; *RPDP*, 2013, p. 409, obs. B. THELLIER DE PONCHEVILLE.

CJUE, 5 décembre 2013, *Vapenik*, aff. C-508/12 ; *RCDIP*, 2014, p. 648, note J. KNETSCH ; *RTD com.*, 2014, p. 448, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *Droit et procédure*, 2014, p. 59, obs. G. CUNIBERTI.

CJUE, 16 juillet 2014, *Kainz*, aff. C-45/13 ; *D.*, 2014, p. 287 ; *ibid.*, p. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *ibid.*, p. 1967, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE ; *RTD com.*, 2014, p. 447, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST.

CJUE, 11 juin 2015, *Berlington Hungary et al.*, aff. C-98/14 ; *RTD eur.*, 2016, p. 195, obs. A. DEFOSSEZ ; *ibid.*, p. 357, obs. F. BENOÎT-ROHMER.

CJUE, 16 juillet 2015, *Diageo Brands*, aff. C-681/13 ; *RCDIP*, 2016, p. 367, note T. AZZI ; *Procédures*, 2015, comm. 297, obs. C. NOURISSAT ; *JDI*, 2016, p. 155, note J. HEYMANN.

CJUE, 16 juillet 2015, aff. C-184/14 ; *D.*, 2015, p. 1606 ; *ibid.*, 2016, p. 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *Dalloz actualité*, 8 septembre 2015, obs. F. Mélin ; *AJ fam.*, 2015, p. 674, obs. A. BOICHÉ ; *RCDIP*, 2016, p. 180, note F. MARCHADIER ; *RTD eur.*, 2015, p. 801, obs. V. ÉGÉA ; *Procédures*, 2015, comm. 296, obs. C. NOURISSAT ; *Europe*, 2015, comm. 400, L. IDOT ; *RJPF*, oct. 2015, n° 10, p. 26, obs. S. MAUCLAIR ; *ibid.*, nov. 2015, n° 11, p. 31, obs. S. GODECHOT-PATRIS.

CJUE, 9 septembre 2015, *Bohez*, aff. C-4/14 ; *D.*, 2015, p. 1846 ; *ibid.*, p. 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *RCDIP*, 2016, p. 195, note G. PAYAN ; *AJ fam.*, 2016, p. 46, obs. A. CASSAGNES ; *Procédures*, 2015, n° 326, obs. C. NOURISSAT ; *Europe*, 2015, n° 465, obs. L. IDOT.

CJUE, 10 septembre 2015, *Holterman Ferho*, aff. C-47/14 ; *JDI*, 2016, p. 1451, obs. L. D'AVOUT.

CJUE, 11 novembre 2015, *Klausner Holz Niedersachsen GmbH*, aff. C-505/14 ; *AJDA*, 2016, p. 306, chron. E. BROUSSY, H. CASSAGNABÈRE, C. GÄNSER ; *RTD eur.*, 2016, p. 418, note L. COUTRON ; *Europe*, 2016, p. 3, obs. D. SIMON.

CJUE, Gr. ch., 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. jointes C-404/15 et C-659/15 PPU ; *RTD eur.*, 2016, p. 793, obs. M. BENLOLO-CARABOT ; *Europe*, juin 2016, comm. 192, obs. F. GAZIN.

CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14 ; *RCDIP*, 2017, p. 278, note L. RASS-MASSON ; *AJ fam.*, 2016, p. 392, obs. M. SAULIER ; *RTD civ.*, 2016, p. 820, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.*, 2016, n° 3, p. 648, obs. É. PATAUT ; *Europe*, 2016, comm. 261, obs. D. SIMON.

CJUE, 13 octobre 2016, *Czarnecka*, aff. C-294/15 ; *D.*, 2016, p. 2123 ; *ibid.*, 2017, p. 470, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *ibid.*, p. 1011, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; *ibid.*, p. 1082, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *RCDIP*, 2017, p. 291, note S. CORNELOUP ; *AJ. fam.*, 2016, p. 606, obs. A. BOICHÉ.

CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, aff. C-541/15 ; *RCDIP*, 2017, p. 549, note P. HAMMJE ; *RTD eur.*, 2017, p. 589, obs. É. PATAUT ; *Europe*, 2017, comm. 18, note D. SIMON ; *D.*, 2018, p. 966, obs. S. CLAVEL, F. JAULT-SESEKE .

CJUE, 20 décembre 2017, *Sahyouni*, aff. C-372/16 ; *D.*, 2018, p. 8 ; *ibid.*, p. 966, obs. S. CLAVEL, F. JAULT-SESEKE ; *RCDIP*, 2018, p. 899, note P. HAMMJE ; *AJ fam.*, 2018, p. 3, édito. V. AVENAROBARDET et p. 119, obs. A. BOICHÉ ; *RTD eur.*, 2018, p. 841, obs. V. ÉGÉA ; *JCP G*, 2018, doct. 228, n° 10, obs. M. FARGE ; *Europe*, 2018, comm. 102, note A. RIGAUX ; *Dr. fam.*, 2018, comm. 114, note A. DEVERS ; *Procédures*, 2018, comm. 44, obs. C. NOURISSAT.

CJUE, 7 mars 2018, *Flightright*, aff. jointes C-274/16, C-447/16 et C-448/16 ; *D.*, 2018, p. 1366, note P. DUPONT, G. POISSONNIER ; *ibid.*, p. 1934, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE ; *RTD com.*, 2018, p. 518, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *RDC*, 2019, p. 85, obs. B. HAFTEL.

CJUE, 19 avril 2018, *Saponaro*, aff. C-565/16 ; *D.*, 2018, p. 897 ; *AJ fam.*, 2018, p. 345, obs. C. ROTH ; *Europe*, 2018, comm. 253, obs. L. IDOT ; *Dr. fam.*, 2018, chron. 1, n° 2, obs. V. ÉGÉA

CJUE, Gr. ch., 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16 ; *AJDA*, 2018, p. 1603, chron. P. BONNEVILLE, E. BROUSSY, H. CASSAGNABÈRE, C. GÄNSER ; *AJ fam.*, 2018, p. 404, obs. G. KESSLER ; *D.*, 2018, p. 1674, note H. FULCHIRON, A. PANET ; *RTD eur.*, 2018, p. 673, obs. É. PATAUT ; *RTD civ.*, 2018, p. 858, obs. L. USUNIER ; *JCP G*, 2018, p. 874, note G. WILLEMS ; *Dr. fam.*, 2018, comm. 199, note J.-R. BINET.

CJUE, 4 octobre 2018, *Feniks*, aff. C-337/17 ; *D.*, 2019, p. 516, note F. JAULT-SESEKE ; *ibid.*, p. 1016, obs. S. CLAVEL, F. JAULT-SESEKE ; *ibid.*, p. 1956, obs. L. D'AVOUT, S. BOLLÉE, É. FARNOUX ; *AJ contrat*, 2018, p. 537, obs. C. NOURISSAT ; *RTD com.*, 2019, p. 256, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *JDI*, 2019, chron. 9, obs. J.-S. QUÉGUINER ; *Europe*, 2018, comm. 495, obs. L. IDOT ; *RDC*, 2019, p. 53, obs. R. LIBCHABER ; *ibid.*, p. 85, obs. B. HAFTEL ; *Gaz. Pal.*, 19 février 2019, p. 77, obs. C. KLEINER.

CJUE, 16 janvier 2019, *Liberato*, aff. C-386/17 ; *D.*, 2019, p. 135 ; *ibid.*, p. 1016, obs. S. CLAVEL, F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.*, 2019, p. 214, obs. A. BOICHÉ ; *Europe*, 2019, comm. 138, obs. L. IDOT.

CJUE, Gr. ch., 26 mars 2019, *SM c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, aff. C-129/18 ; *AJDA*, 2019, p. 667 ; *D.*, 2019, p. 642 ; *RCDIP*, 2019, p. 768, note P. HAMMJE ; *AJ fam.*, 2019, p. 283, obs. J. HOUSIER ; *RTD eur.*, 2019, p. 717, obs. É. PATAUT ; *Europe*, 2019, p. 184, obs. A. RIGAUX.

CJUE, 5 septembre 2019, *R. c. P.*, aff. C-468/18 ; *Dalloz actualité*, 11 octobre 2019, obs. F. MÉLIN ; *RCDIP*, 2020, p. 503, note R. LEGENDRE ; *AJ fam.*, 2020, p. 63, obs. A. BOICHÉ ; *Europe*, 2019, comm. 472, L. IDOT ; *Dr. fam.*, 2020, comm. 36, M. FARGE ; *Procédures*, 2019, comm. 287, C. NOURISSAT ; *RJPF*, déc. 2019, n° 12, p. 33, obs. S. GODECHOT-PATRIS.

CJUE, 2 avril 2020, *Comune di Gesturi*, aff. C-670/18.

Avis

CJCE, Ass. plén., 7 février 2006, avis 1/03.

CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, avis 2/13.

III. Juridictions nationales françaises

A. Conseil Constitutionnel

Cons. const., 10 juin 2004, *Confiance dans l'économie numérique*, n° 2004-496 DC.

Cons. const., 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, décision n° 2004-505 DC.

Cons. const., 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n° 2006-540 DC, *R.*, p. 88.

B. Conseil d'État

CE, 27 mai 1983, *Carjaville*, *Rec. Lebon*, 1983, p. 219 ; *Gaz. Pal.*, 1984. 1, somm., p. 140

C. Cour de cassation

Civ., 19 avril 1819, *Parker, S.*, 1819, 1, p. 129 ; *GADIP*, n° 2.

Civ., 17 juillet 1833, *Hervas c. Bonar, S.*, 1833, 1, p. 663 ; *D.*, 1833, I, p. 303.

Civ., 28 février 1860, *Bulkley, S.*, 1860, 1, p. 210 ; *GADIP*, n° 4.

Req., 16 janvier 1861, *Lizardi, D. P.*, 1861, 1, p. 193 ; *S.*, 1861, 1, p. 305, note G. MASSÉ ; *GADIP*, n° 5.

Cass., 25 mai 1868, *S.*, 1868, 1, p. 365.

Req., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont, S.*, 1878, 1, p. 193, note J.-É. LABBÉ ; *D.*, 1878, I, p. 201, concl. Ch.-A. CHARRINS ; *Clunet*, 1878, p. 505 ; *GADIP*, n° 6.

Civ., 24 juin 1878, *Forgo, S.*, 1878, 1, p. 429 ; *D.*, 1879, 1, p. 56 ; *Clunet*, 1879, p. 285.

Req., 22 février 1882, *Forgo, S.*, 1882, 1, p. 393, note J.-É. LABBÉ, *D.*, 1882, 1, p. 301 ; *GADIP*, nos 7-8.

Civ., 9 mai 1900, *de Wrède, S.*, 1901, 1, p. 186 ; *JDI*, 1900, p. 613 ; *GADIP*, n° 10.

Civ., 6 juillet 1922, *Ferrari, RDIP*, 1922, p. 444, rapport A. COLIN, note A. PILLET ; *Clunet*, 1922, p. 714 ; *D.P.*, 1922, 1, p. 137 ; *S.*, 1923, 1, p. 5, note Ch. LYON-CAEN.

Civ., 4 novembre 1952, *RCDIP*, 1953, p. 729, note P. FRANCESCAKIS.

Civ. 1, 17 avril 1953, *Rivière, RCDIP*, 1953, p. 414, note H. BATIFFOL ; *Clunet*, 1953, p. 860, note R. PLAISANT ; *JCP*, 1953, II, 7863, note J. BUCHET ; *RabelsZ*, 1955, p. 520, note Ph. FRANCESCAKIS ; *GADIP*, n° 26.

Civ., 5, mai 1953, *Dulles, RCDIP*, 1953, p. 799, 1^{ère} espèce, note H. BATIFFOL.

Civ., 15 mars 1955, *Lewandowski*, *RCDIP*, 1955, p. 320, note H. BATIFFOL ; *D.*, 1955, p. 540, note M. CHAVRIER ; *JCP*, 1955, II, 8771, note A. PONSARD ; *JDI*, 1956, p. 146, note B. GOLDMAN et p. 860, note R. PLAISANT.

Civ., 29 janvier 1958, *Chemouni*, *RCDIP*, 1958, p. 110, note R. JAMBU-MERLIN ; *D.*, 1958, p. 265, note R. LENOAN ; *JCP*, 1958, II, 10488, note P. LOUIS-LUCAS ; *Clunet*, 1958, p. 776, note A. PONSARD ; *GADIP*, n^{os} 30-31.

Civ. 1, 17 juin 1958, *Figué*, *D.*, 1959, p. 65, note Ph. MALAURIE ; *RCDIP*, 1958, p. 736, note Ph. FRANCESCAKIS ; *Clunet*, 1959, p. 1114, note B. GOLDMAN ; *JCP*, 1958, II, 10761, note P. LOUIS-LUCAS.

Civ. 1, 22 février 1961, *Corcos*, Civ. 1, 15 mai 1961, *Tarwid*, Civ. 1, 15 mai 1961, *Ortiz*, *JDI*, 1961, p. 734, note B. GOLDMAN ; *RCDIP*, 1961, p. 382, note H. BATIFFOL.

Civ. 1, 19 février 1963, *Chemouni*, *RCDIP*, 1963, p. 559, note G. HOLLEAUX ; *Clunet*, 1963, p. 986, note A. PONSARD ; *Rec. Gén. Lois*, 1963, p. 315, note G. A. L. DROZ ; *GADIP*, n^{os} 30-31.

Civ. 1, 15 mai 1963, *Patiño*, *RCDIP*, 1964, p. 532, note P. LAGARDE ; *Clunet*, 1963, p. 1016, note Ph. MALAURIE ; *JCP*, 1963, II, 13365, note H. MOTULSKY ; *GADIP*, n^{os} 38-39.

Civ. 1, 7 janvier 1964, *Munzer*, *RCDIP*, 1964, p. 344, note H. BATIFFOL ; *Clunet*, 1964, p. 302, note B. GOLDMAN ; *JCP*, 1964, II, 13590, note M. ANCEL ; *GADIP*, n^o 41.

Civ. 2, 24 novembre 1964 et 24 juin 1965, *Clunet*, 1966, p. 89, note Ph. MALAURIE.

Civ. 1, 17 juin 1968, *Kasapyan*, *Bull. civ.*, n^o 175, p. 133 ; *RCDIP*, 1969, p. 59, note H. BATIFFOL ; *GADIP*, n^o 46.

Civ. 1, 10 mars 1969, *Butez*, *Bull. civ.*, 1969, I, p. 80 ; *RCDIP*, 1970, p. 115, note H. BATIFFOL ; *JDI*, 1971, p. 254.

Civ. 1, 26 novembre 1974, *Soc. Minière de Fragne*, *RCDIP*, 1975, p. 491, note D. HOLLEAUX ; *Clunet*, 1975, p. 108, note A. PONSARD ; *GADIP*, n^o 54.

Civ. 1, 16 décembre 1975, n^o 73-10.615, *D.*, 1976, p. 397, note R. LINDON ; *JCP*, 1976, II, 18503, note J. PENNEAU.

Civ. 1, 1^{er} avril 1981, *De Iturralde de Pedro*, n^o 79-13959, *Bull. civ. I*, n^o 117 ; *JDI*, 1981, p. 812, note D. ALEXANDRE ; *D.*, 1982, IR 69, obs. B. AUDIT ; *Defrénois*, 1982, p. 353, art. 32832, note J. MASSIP.

Civ. 1, 13 janvier 1982, *Ortiz-Estacio*, *RCDIP*, 1982, p. 551, note H. BATIFFOL ; *GADIP*, n^o 62.

Civ. 1, 6 février 1985, *Simitch*, *RCDIP*, 1985, p. 243, chron. P. FRANCESCAKIS ; *Clunet*, 1985, p. 460, note A. HUET ; *D.*, 1985, p. 469, note J. MASSIP ; *ibid.*, IR, p. 497, obs. B. AUDIT ; *GADIP*, n^o 70.

Civ. 1, 19 novembre 1985, *Société Cognac and Brandies from France*, n^o 84-16.001, *Bull. civ. I*, n^o 306 ; *RCDIP*, 1986, p. 912, note Y. LEQUETTE ; *JDI*, 1986, p. 719, note A. HUET.

Civ. 1, 22 juillet 1987, *Dujaque*, *Bull. civ.*, 1987, n° 252, p. 183.

Civ. 1, 6 juillet 1988, *Baaziz*, *RCDIP*, 1989, p. 71, note Y. LEQUETTE.

Civ. 1, 13 octobre 1992, *Camara*, *Bull. civ.*, 1992, n° 246, p. 162 ; *RCDIP*, 1993, p. 41, note P. LAGARDE ; *D.*, 1993, p. 85, note P. COURBE ; *ibid.*, p. 351, note B. AUDIT.

Ass. plén., 11 décembre 1992, n° 91-11.900 et n° 91-12.373 (deux arrêts), *JCP*, 1993, II, 21991, concl. M. JÉOL, note G. MÉMETEAU ; *RTD civ.*, 1993, p. 325, obs. J. HAUSER.

Civ. 1, 11 juin 1996, *Imhoos*, *Bull. civ.*, 1996, I, n° 244, p. 171 ; *D.*, 1997, p. 3, note F. MONÉGER ; *ibid.*, p. 156, obs. F. GRANET ; *RCDIP*, 1997, p. 291, note Y. LEQUETTE.

Civ. 1, 22 juin 1999, n° 96-22.546, *RCDIP*, 2000, p. 42, note G. CUNIBERTI.

Civ. 1, 17 février 2004, n° 02-17.479.

Com., 8 mars 2005, *Bull. civ.*, IV, n° 44 ; *D.*, 2005, AJ, p. 883, obs. X. DELPECH ; *ibid.*, pan., p. 2843, obs. B. FAUVARQUE-COSSON.

Civ. 1, 14 décembre 2005, n° 05-10.951, *Bull. civ. I*, n° 506, *D.*, 2006, p. 1495, obs. P. COURBE, F. JAULT-SESEKE.

Civ. 1, 10 mai 2006, n° 05-15.707.

Civ. 1, 28 novembre 2006, *RCDIP*, 2007, p. 397, note P. LAGARDE.

Civ. 1, 20 février 2007, *Cornelissen*, *RCDIP*, 2007, p. 420, note B. ANCEL, H. MUIR WATT ; *D.*, 2007, p. 1115, note L. D'AVOUT, S. BOLLÉE ; *ibid.*, pan. 1751, obs. F. JAULT-SESEKE ; *JDI*, 2007, p. 1195, note F.-X. TRAIN ; *JCP G*, 2007, act. 107, note C. BRUNEAU.

Civ. 3, 28 janvier 2009, n° 07-20.891, *Bull. civ.*, 2009, III, n° 22 ; *D.*, 2009, p. 562 ; *ibid.*, p. 2008, note D. HOUTCIEFF ; *ibid.*, 2010, p. 224, chron. S. AMRANI-MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.*, 2009, p. 317, note B. FAGES ; *RDI*, 2009, p. 254, obs. Ph. MALINVAUD ; *RDC*, 2009, p. 999, obs. D. MAZEAUD ; *ibid.*, p. 1019, obs. G. VINEY.

Ass. plén., 27 février 2009, n° 07-19.841, *Bull. Ass. plén.*, 2009, n° 1 ; *D.*, 2009, p. 723, obs. X. DELPECH ; *ibid.*, p. 1245, note D. HOUTCIEFF ; *JCP G*, 2009, II, 10073, note P. CALLÉ ; *RDC*, 2009, p. 1019, obs. G. VINEY.

Civ. 1, 27 mai 2010, *Bull. civ.*, 2010, I, n° 121 ; *D.*, 2010, p. 1417 ; *ibid.*, p. 2868, obs. O. BOSKOVIC ; *AJ fam.*, 2010, p. 330, obs. A. BOICHÉ.

Com, 20 septembre 2011, n° 10-22.888 ; *D.*, 2011, p. 2345, obs. X. DELPECH ; *ibid.*, 2012, p. 167, note C. MARÉCHAL ; *RTD civ.*, 2011, p. 760, note B. FAGES ; *JCP G*, 2011, p. 1250, note D. HOUTCIEFF ; *JCP E*, 2012, 1075, p. 44, comm. F. MEURIS.

Civ. 1, 26 octobre 2011, n° 09-71.369, *Bull.* 2011, I, n° 182, *AJ fam.*, 2012, p. 50, obs. É. VIGANOTTI ; *JDI*, 2012, p. 176, note J. GUILLAUMÉ.

Civ. 1, 7 juin 2012, n° 10-26.947 et n° 11-22.490 (deux arrêts), *Bull. civ.*, 2012, I, n°s 123 et 124 ; *D.*, 2012, p. 1648, note F. VIALLA ; *AJ fam.*, 2012, p. 405, obs. G. VIAL ; *Dr. fam.*, 2012, comm. 131, note Ph. REIGNÉ ; *JCP G*, 2012, act. 697, obs. F. VIALLA ; *ibid.*, act. 717, obs. J. JEHL ; *Gaz. Pal.*, 21 juin 2012, n° 173, p. 8, note J.-D. SARCELET ; *RJPF*, juillet-août 2012, p. 14, note I. CORPART.

Civ. 1, 13 février 2013, n° 11-14.515 et n° 12-11.949 (deux arrêts), *Bull. civ.*, 2013, I, n°s 13 et 14 ; *D.*, 2013, p. 499, obs. I. GALLMEISTER ; *ibid.*, p. 1089, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *AJ fam.*, 2013, p. 182, obs. G. VIAL ; *Dr. fam.*, 2013, comm. 48, note Ph. REIGNÉ.

Soc., 22 septembre 2015, n° 14-16.947, *Bull. soc.*, 2016, n° 244 ; *Dr. soc.*, 2015, p. 945, obs. J. MOULY.

Civ. 1, 4 mai 2017, n° 16-17.189, *D.*, 2017, p. 981 ; *ibid.*, p. 1399, note J.-P. VAUTHIER, F. VIALLA ; *ibid.*, p. 1404, note B. MORON-PUECH ; *AJ fam.*, 2017, p. 329, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.*, p. 354, obs. J. HOUSSIER ; *RTD civ.*, 2017, p. 607, note J. HAUSER ; *JCP G*, 2017, doct. 716, étude M. GOBERT ; *Gaz. Pal.*, 16 mai 2017, n° 19, p. 20, note P. LE MAIGAT ; *LPA*, 16 juin 2017, n° 120, p. 18, note M. PÉRON.

Civ. 1, 27 septembre 2017, n°s 16-17.198 et 16-13.151, *D.*, 2017, p. 2185, note J. GUILLAUMÉ ; *AJ fam.*, 2017, p. 595, obs. A. BOICHÉ ; *ibid.*, p. 598, obs. P. LAGARDE, A. MEIER-BOURDEAU, B. SAVOURÉ, G. KESSLER ; *RTD civ.*, 2017, p. 833, note L. USUNIER ; *JCP G*, 2017, p. 1236, note C. NOURISSAT, M. REVILLARD ; *JCP N*, 2017, p. 1305, comm. É. FONGARO ; *Defrénois*, 2017, n° 22, p. 26, note M. GORÉ.

D. Juridictions judiciaires d'appel

Paris, 13 juin 1814, *Busqueta, S.*, 1814. 2. 393 ; *GADIP*, n° 1.

Paris, 15 mars 1831, *D.*, 1831, II, p. 112.

Paris, 17 juin 1834, *Fontellas c. Lemonnier et Desbarres*, *Journal du Palais : Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1850, l'histoire du droit, la législation et la doctrine des auteurs*, vol. 6, n° 310, p. 907.

Besançon, 23 mars 1977, *Gal. Pal.*, 1977, n° 2, 26 juillet 1977, p. 406, note M. BRAZIER.

E. Juridictions judiciaires de première instance

Tribunal civil de la Seine, 17 mars 1948, *Sciachi*, *RCDIP*, 1948, p. 112, note J.-P. NIBOYET.

Tribunal de la Seine, 28 juin 1950, *RCDIP*, 1951, p. 648, note H. MOTULSKY ; *Clunet*, 1952, p. 174, note A. PHILONENKO.

IV. Juridictions nationales étrangères

A. Tribunal constitutionnel fédéral allemand (*Bundesverfassungsgericht*)

BVerfG, 4 mai 1971, *BVerfGE*, 31, 59, 78 ; *RCDIP*, 1974, p. 57, note C. LABRUSSE.

BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, 2 BvL 52/71, *BVerfGE* 37, p. 271 ; *RTD eur.*, 1975, p. 316 traduction et note M. FROMONT.

BVerfG, 22 février 1983, *BVerfGE*, 63, 191 ; *IPRax*, 1983, p. 223.

BVerfG, 8 janvier 1985, *BVerfGE*, 69, 384.

BVerfG, 22 octobre 1986, *Solange II*, *BVerfGE* 73, p. 339 ; *RTD eur.*, 1987, p. 537, traduction et note V. CONSTANTINESCO.

BVerfG, 12 octobre 1993, *Maastricht*, 2 BvR 2134/92 et 2 BvR 2159/92.

BVerfG, 18 juillet 2006, *BVerfGE*, 116, 24, p. 261.

BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, *BVerfGE* 123, 267, 2 BvE 2/08 *et al.* ; *RTD eur.*, 2009, p. 799, traduction et note K. M. BAUER. URL :

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/FR/2009/06/es20090630_2bve000208fr.html.

BVerfG, 15 décembre 2015, 2 BvR 2735/14, [en ligne, en anglais], consulté le 12 juin 2019. URL : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/12/rs20151215_2bvr273514en.html;jsessionid=9AB35107154C398C45E026AF6F158FCC.2_cid393.

BVerfG, 21 juin 2016, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, [en ligne, en anglais], consulté le 12 juin 2019. URL : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/06/rs20160621_2bvr272813en.html;jsessionid=ECBECD9DC8B46D26DF95EA3EE9A6FE95.2_cid393.

BVerfG, 5 mai 2020, BCE, 2 BvR 859/15 *et al.*, [en ligne, en français], consulté le 29 août 2020. URL : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/FR/2020/05/rs20200505_2bvr085915fr.html.

B. Tribunal constitutionnel espagnol

Tribunal constitucional, 13 décembre 2004, DTC 1/2004.

C. Juridictions italiennes

Cour constitutionnelle italienne

Corte costituzionale, 7 mars 1964, *Costa*, n° 14.

Corte costituzionale, 27 décembre 1973, *Frontini e Pozzani c. Ministère des finances*, n° 183/1973, *RTD eur.*, 1974, p. 148, traduction et note S. NERL. ; *CDE*, 1975, n°s 1-2, p. 114, traduction et note P. DE CATERINI.

Corte costituzionale, 8 juin 1984, *Granital*, n° 170/84, *FI*, 1984, p. 2062, note A. TIZZANO ; *CDE*, 1986, n° 1, p. 185, traduction et note J.-V. LOUIS.

Corte costituzionale, 21 avril 1989, *SpA Fragd c. Amministrazione delle Finanze*, n° 232/89, *FI*, 1990, I, p. 1855 ; *RUDH*, 1989, p. 258.

Corte costituzionale italiana, 14 avril 2010, n° 138/2010.

Corte costituzionale italiana, 11 juin 2014, n° 170/2014.

Cour de cassation italienne

Corte Suprema di Cassazione, 5 mars 1987, *RDIPP*, 1987, p. 297 ; *RCDIP*, 1987, p. 563.

Corte Suprema di Cassazione, 15 mars 2012, n° 4184.

Corte Suprema di Cassazione, 9 février 2015, n° 2400.

D. Cour constitutionnelle lettone

Cour constitutionnelle lettone, 7 avril 2009, *Lisbonne*, n° 2008-35-01 [en ligne], consulté le 13 juillet 2019. URL : http://www.satv.tiesa.gov.lv/web/viewer.html?file=/wp-content/uploads/2008/09/2008-35_01_ENG.pdf#search=.

E. Tribunal constitutionnel polonais

Tribunal constitutionnel polonais, 11 mai 2005, *Traité relatif à l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne*, K 18/04 [résumé de la décision en ligne], consulté le 1er juillet 2019. URL : http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_18_04_FR.pdf.

F. Cour constitutionnelle tchèque

Cour constitutionnelle tchèque, 26 novembre 2008, *Traité de Lisbonne I*, Pl. ÚS 19/08, [en ligne], consulté le 10 juillet 2019. URL : https://www.cvce.eu/obj/arret_de_la_cour_constitutionnelle_tcheque_sur_le_traite_de_lisbonne_26_novembre_2008-fr-38994b57-d591-424a-953b-ff03e4c5c1b1.html.

TABLE DE LÉGISLATION

I. Droit national

A. Droit français

Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, JORF, n° 3, 5 janvier 1972, p. 145.

Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, JORF, n° 161, 12 juillet 1975, p. 7171.

Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JORF, n° 156, 6 juillet 2005, p. 11159.

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF, n° 35, 11 février 2016, texte n° 26.

Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, JORF, n° 209, 11 septembre 2018, texte n° 1.

B. Droits étrangers

Constitutions nationales étrangères

Constitution italienne du 27 décembre 1947 [en ligne], consulté le 9 juillet 2019. URL : <http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-fra.pdf>.

Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz*), 23 mai 1949 [en ligne], consulté le 1^{er} juillet 2019. URL : https://www.bundestag.de/resource/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi_fondamentale-data.pdf.

Constitution de la République de Bulgarie du 12 juillet 1991 [en ligne], consulté le 10 juin 2019. URL : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/bg1991.htm>.

Constitution de la Roumanie du 8 décembre 1991 [en ligne], consulté le 26 juin 2019. URL : http://www.cdep.ro/pls/dic/site2015.page?den=act2_3&par1=2&idl=3.

Constitution de la République de Lettonie du 15 février 1992 [en ligne], consulté le 10 juin 2019. URL : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/lv1922.htm>.

Constitution slovaque du 3 septembre 1992, [en ligne], consulté le 10 juin 2019. URL : <https://www.ustavnysud.sk/ustava-slovenskej-republiky>.

Constitution de la République de Lituanie du 25 octobre 1992 [en ligne], consultée le 10 juin 2019. URL : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/lt1992.htm>.

Constitution polonaise du 2 avril 1997 [en ligne], consultée le 10 juin 2019. URL : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/pl1997.htm>.

Loi fondamentale hongroise du 25 avril 2011 [en ligne], consultée le 10 juin 2019. URL : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/hu2011.htm#2>.

Législations nationales étrangères

Loi néerlandaise du 25 mars 1981 sur le divorce, *RCDIP*, 1981, p. 809, note R. VAN ROOIJ.

Loi néerlandaise de droit international privé du 19 mai 2011, *RCDIP*, 2012, p. 674.

Règles relatives à la compétence territoriale interne dans les différents États membres disponibles sur le portail européen e-Justice [en ligne], consulté le 2 janvier 2020. URL : https://beta.e-justice.europa.eu/85/FR/which_country_s_court_is_responsible?clang=fr.

II. Droit de l'Union européenne

Traités, protocoles et documents annexes, déclarations

Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE, n° L 299/32, 31 décembre 1972.

Acte unique européen, signé à Luxembourg le 17 février et à La Haye le 28 février 1986, JOCE, n° L 169/1, 29 juin 1987.

Déclaration relative à l'application du droit communautaire annexée au traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, JOCE, n° C 191/102, 29 juillet 1992.

Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, JOCE, n° C 221, 16 juillet 1998, p. 19 ; *JCP G*, 1998, III, 20009 ; *RCDIP*, 1998, pp. 776-791.

Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, 2007/C 303/02, JOUE, n° C 303/17, 14 décembre 2007.

Protocole n° 21 annexé au Traité d'Amsterdam sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, JOCE, n° C 326/295, 26 octobre 2012 (version consolidée à la suite de l'adoption du Traité de Lisbonne).

Protocole n° 22 annexé au Traité d'Amsterdam sur la position du Danemark, JOCE, n° C 326/299, 26 octobre 2012 (version consolidée à la suite de l'adoption du Traité de Lisbonne).

Accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, JOUE, n° L 29/7, 31 janvier 2020.

Directives, décisions-cadres

Directive du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour (90/364/CEE), JOCE, n° L 180/26, 13 juillet 1990.

Directive du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle (90/365/CEE), JOCE, n° L 180/28, 13 juillet 1990.

Directive du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des étudiants (90/366/CEE), JOCE, n° L 180/30, 13 juillet 1990.

Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres. Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la décision-cadre, JOCE, n° L 190/1, 18 juillet 2002.

Directive 2002/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires, JOCE, n° L 26/41, 31 janvier 2003.

Directive 2004/38/CE du Parlement 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, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JOUE, n° L 158/77 30 avril 2004.

Directive 2010/64 du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, JOUE, n° L 280/1, 26 octobre 2010.

Directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, JOUE, n° L 142/1, 1^{er} juin 2012.

Règlements

Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, dit « Bruxelles II » JOCE, n° L 160/19, 30 juin 2000.

Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit « Bruxelles I », JOCE, n° L 12/1, 16 janvier 2001.

Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JOUE, n° L 50/1, 25 février 2003.

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, dit « Bruxelles II *bis* », JOUE, n° L 338/1, 23 décembre 2003.

Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, dit « TEE », JOUE, n° L 143/15, 30 avril 2004.

Règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer, dit « IPE », JOUE, n° L 399/1, 30 décembre 2006.

Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, dit « Petits litiges », JOUE, n° L 199/1, 31 juillet 2007.

Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit « Rome II », JOUE, n° L 199/40, 31 juillet 2007.

Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », JOUE, n° L 177/6, 4 juillet 2008.

Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), dit « Bruxelles I *bis* », JOUE, n° L 351/1, 20 décembre 2012.

Règlement (UE) 1382/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 établissant un programme « Justice » pour la période 2014-2020 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JOUE, n° L 354/73, 28 décembre 2013.

Règlement (UE) 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012, JOUE, n° L 200/1, 26 juillet 2016.

Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte), dit règlement « Bruxelles II *ter* », JOUE n° L 178/1, 2 juillet 2019.

Décisions

Décision de la Commission du 8 juin 2009 sur l'intention du Royaume-Uni d'accepter le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JOUE, n° L 149/73, 12 juin 2009.

Décision 2010/405/UE du Conseil du 12 juillet 2010 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, JOUE, n° L 189/12, 22 juillet 2010.

Décision (UE) 2016/1366 de la Commission du 10 août 2016 confirmant la participation de l'Estonie à la coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, JOUE, n° L 216/23, 11 août 2016.

Décision (UE) 2019/1810 du Conseil européen prise en accord avec le Royaume-Uni du 29 octobre 2019 prorogeant le délai au titre de l'article 50, paragraphe 3 du TUE, JOUE, n° L 278 I/1, 30 octobre 2019.

Règlement de procédure

Règlement de procédure de la Cour de justice du 25 septembre 2012 (JOUE, n° L 265/1, 29 septembre 2012), tel que modifié le 18 juin 2013 (JOUE, n° L 173/65, 26 juin 2013), le 19 juillet 2016 (JOUE, n° L 217/69 du 12 août 2016), le 9 avril 2019 (JOUE, n° L 111/73 du 25 avril 2019) et le 26 novembre 2019 (JOUE, n° L 316/103 du 06 décembre 2019).

III. Droit international

Résolution de l'Institut de droit international, « Principes généraux en matière de nationalité, de capacité, de succession et d'ordre public », *AIDI*, Session d'Oxford de 1880, vol. 1, Pedone, 1875-1883, spéc. p. 732.

Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, *JORF*, n° 44, 19 février 1949, p. 1859.

Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 189, n° 2545, p. 137.

Convention de New-York du 28 septembre 1954 sur le statut des apatrides, *Recueil des traités des Nations unies*, vol. 360, n° 5158, 1960, p. 117.

Convention de La Haye du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile, *Recueil des Conventions de la Conférence de La Haye (1951-1996)*, La Haye, Kluwer Law International, p. 24.

Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants du 24 octobre 1956, *Recueil des Conventions de la Conférence de La Haye (1951-1988)*, La Haye, Kluwer International, p. 32.

Convention de La Haye concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs du 5 octobre 1961, *Recueil des Traités des Nations unies*, vol. 658, n° 9431, p. 143.

Convention concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption du 15 novembre 1965, *Recueil des Traités des Nations unies*, vol. 1107, n° 17104, p. 34.

Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, *Recueil des traités des Nations unies*, vol. 1056, n° 15944, p. 199.

Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, *Recueil des traités des Nations unies*, vol. 1343, n° 22514, p. 90.

INDEX ALPHABÉTIQUE

L'index renvoie aux numéros de paragraphe et, lorsque cela est précisé (n.), aux notes de bas de page. En gras sont indiqués ceux des paragraphes cités dans lesquels l'entrée de l'index est traitée à titre principal.

- A -

Accès à la justice : v. aussi *Aliments*, *Droits fondamentaux*, *Nationalité*, *Partenariat enregistré*, *Règlement « Régimes matrimoniaux »*, *Uniformisation des règles de conflit*

- bénéficiaires : 488-495, 532
- définition : 346, 356, 482-487, 496
- objectif de la coopération judiciaire en matière civile : 481, 483, 493-499, 520, 523, 539-543, 549
- et accès au droit : 485
- et accès au juge, accès effectif au juge : 483-486
- et aide juridictionnelle : 484-485, 490
- et citoyenneté européenne : 489-490
- et confiance mutuelle : 487, 533
- et efficacité : 341
- et exécution des décisions : 486, 499, 523
- et libre circulation des personnes : 489, 494, 496, 544
- et procès équitable : 483-486, 533
- et protection juridictionnelle effective : 483-484
- et reconnaissance mutuelle des décisions : 486-487, 531-539
- et uniformisation des règles de compétence internationale directe : 219, 500-503
- et uniformisation des règles de conflit de lois : 522.

Accès au juge : v. *Accès à la justice*.

Aguirre Zarraga : 316, **351**, 422.

Aliments : v. aussi *Exequatur*, *Mariage*

- article 22 du règlement « Aliments » : 8, 174, **370-376**
- et accès à la justice : 484
- et autonomie de la volonté : v. *Autonomie de la volonté*
- et concentration des compétences dans le règlement « Aliments » : 200
- et Convention de Bruxelles : 190
- et conflit international de droit transitoire : 71
- et définition du droit de la famille en droit de l'Union européenne : 7
- et *forum shopping* : v. *Forum shopping et règles de conflit alternatives*
- et méthode de la reconnaissance des situations : 283
- et morcellement de la catégorie en droit de l'Union européenne : 193
- et rattachement au domicile en droit international privé de la famille de l'Union européenne : v. *Domicile*
- et rattachement à la nationalité en droit international privé de la famille de l'Union européenne : v. *Nationalité*
- et reconnaissance des décisions : 380
- et règlement « Rome III » : 206
- faveur à l'octroi d'aliments : 242.

Apatridie : 104, 113, 147.

Application uniforme du droit de l'Union : 422.

Aranyosi et Caldaru : 538.

Asile : 306, 474, 534-535, 548 (v. aussi *Confiance mutuelle, Droits fondamentaux*).

Autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne : v. *Ordre juridique de l'Union européenne*

Autonomie de la volonté :

- concentration des compétences et bonne administration de la justice : 202
- et conflit positif de nationalités : 113
- et coordination des lois applicables : 207
- et droit au divorce : 240
- et exception d'ordre public international : 244
- et faveur à l'octroi d'aliments : 242
- et méthode de la reconnaissance des situations : v. *Reconnaissance des situations*
- et ordre public international : 244
- et valeur du rattachement à la nationalité : 258, 274
- rattachement en droit international privé de la famille de l'Union européenne : 266, 272-275.

Autonomie institutionnelle des États membres : 452, 456.

Avis 2/13 : 315-316, 532.

- B -

BCE : 423.

Brasserie du pêcheur et Factortame III : 452.

But social des lois : 60.

- C -

Cassis de Dijon : 311-312.

Citoyenneté européenne :

- et accès à la justice : v. *Accès à la justice*
- et état des personnes : 49
- et espace de liberté, de sécurité et de justice : 470
- et libre circulation des personnes : 163-166, 174, 299, 467, 469
- et marché intérieur : 469
- et rattachement à la nationalité : 261
- et méthode de la reconnaissance des situations : v. *Reconnaissance des situations*.

Cohérence : 2-3.

- définition : 9-11
- principe de droit de l'Union européenne : 13
- principe directeur du droit international privé : 12
- principe méthodologique : 12, 544, 547, 550.

Coman : 294, 395.

Comitas gentium : 32.

Compétence exorbitante : 201, 502, 523, 531.

Concentration des compétences : 197 (v. aussi *Aliments, Matière matrimoniale, Responsabilité parentale*).

Confiance mutuelle : v. aussi *Accès à la justice, Droits fondamentaux, Efficacité, Ordre public international, Principe de reconnaissance mutuelle*

- et asile : 535
- et conflit de procédures : 510-511, 520
- et coopération judiciaire en matière pénale : 536-538
- et espace de liberté, de sécurité et de justice : 8, 534, 539
- et méthode de la reconnaissance des situations : 291
- et morcellement géographique : 364, 377-378
- et ordre public international : 337, 532, 549
- et principe de reconnaissance mutuelle au sens de la coopération judiciaire en matière civile : 224-225, 305-309, 314-325, 345-346, 357, 372-376, 380, 426, 476, 523, 530, 533-534, 539-542
- et principe de reconnaissance mutuelle au sens du marché intérieur : 306, 308-313, 337
- limite : 376, 533-534, 539 (v. aussi *Droits fondamentaux*)
- objet de la – : 345
- remise en cause : 379-380, 385-424, 476, 547.

Conflit de lois dans le temps : 68 (v. *Conflit international de droit transitoire, Conflit transitoire de droit international, Conflit mobile*).

Conflit de procédures : 499, 504, 506-521, 530 (v. aussi *Responsabilité parentale*).

Conflit international de droit transitoire : 72-75.

Conflit mobile : 76-79.

Conflit transitoire de droit international : 69-71.

Connexité internationale : 505, 512, 514-517, 521 (v. aussi *Matière matrimoniale, Responsabilité parentale*).

Contre-limites (Théorie des –) : 413.

Coopération judiciaire en matière pénale : 306, 534, 536-538.

Coopération renforcée : 193, 365-368, 370, 378-379, 547 (v. aussi *Forum shopping*).

Costa c. ENEL : 405, 413, 435, 438, 447, 450-451.

- D -

Déni de justice : 500, 549.

Dépeçage :

- contrats : 188
- *issue by issue* (droit conventionnel) : 189, 193.

Directive 2004/38/CE : 163, 165, 294-295 (v. *Libre circulation des personnes*).

Divorce : (v. aussi *Autonomie de la volonté, Matière matrimoniale, Règlement « Rome III »*)

- droit au – : n. 913, 240-241, 378-379
- et adoption du règlement « Bruxelles II bis » : 191
- et conflit international de droit transitoire : 74
- et conflit positif de nationalité : 107-108
- et conjoints de nationalité différente : 99-103
- et Convention de Bruxelles II : 191

- et lois nationales prohibitives concordantes : 102
- et révision du règlement « Bruxelles II bis » : v. *Matière matrimoniale, Règlement « Rome III »*
- faveur à l'époux vulnérable du droit anglais : 363.

Domicile :

- admission à domicile en France et article 3 § 3 du Code civil : 127
- critère de rattachement du statut personnel : 85-86, 117-136, 148-150
- domicile commun : 151
- domicile de droit et domicile de fait : 127
- domicile d'origine : 112, 121-125, 264
- domicile interne et domicile international : 124, 134
- droit international privé de la famille de l'Union européenne : 264-266, 270
- et accès à la justice : 490, 501
- et féodalité : 120-121
- et immigration : 127, 130-133
- et loi locale : 133
- et milieu de vie : 117, 157
- et nationalité : 124-126, 157
- et résidence habituelle : 135, 148, 270
- et souveraineté : 117-121, 132-135.

Droit au procès équitable : 341, 346-347, 353.

Droit au respect de la vie privée et familiale : 49, 294

Droit au séjour :

- directives du 28 juin 1990 : 467
- membres de la famille ressortissants d'États tiers du citoyen européen : 165, 294.

Droit matériel de la famille :

- difficultés d'harmonisation : 169, 369, 373
- et autonomie de la volonté : 274, 283
- incompétence de l'Union européenne : 168, 174
- liens systémiques : 169
- uniformisation : 295, 379.

Droit transitoire : 68 (v. *Conflit international de droit transitoire, Conflit transitoire de droit international*).

Droits fondamentaux : v. aussi *Aguirre Zarraga, Exequatur*

- et accès à la justice : 486, 549
- et asile : 535
- et définition de l'état des personnes : 49
- et identité européenne : 401
- et justice : 468, 470
- et primauté du droit de l'Union : 405, 411-424, 454-455
- fondement de la confiance mutuelle : 345-348, 534
- limite à la confiance mutuelle : 349-355, 386, 391, 422, 533-539, 542
- présomption de respect des – : 350-351, 356, 532, 547
- protection équivalente (*Bundesverfassungsgericht*) : 414
- protection équivalente (Cour européenne des droits de l'homme) : 353-355
- protection équivalente (Cour de justice de l'Union européenne) : 422.

Dualisme : n. 2063, n. 2287, 448, 455

- E -

Effet des jugements étrangers : v. *Principe de reconnaissance mutuelle*.

Efficacité : v. aussi *Accès à la justice*

- définition, relation avec l'effectivité : 339-340
- confiance mutuelle et *exequatur* : 341, 356.

Espace de liberté, de sécurité et de justice : 5, 160-161, 166, 274, 306, 308, 316, 326, 358-362, 368, 379, 459-478, 489, 494, 508, 532, 534, 540, 543-549.

Espace judiciaire européen : 1, 8, 15, 302-304, 327-338, 341-346, 358-359, 366, 369, 372, 374, 382, 426-429, 466-473, 475-477, 481, 486, 493, 496, 499, 505, 508, 511, 519, 523-524, 539-548.

Espace sans frontières intérieures :

- et espace de liberté, de sécurité et de justice : 466-467, 472-473
- et marché intérieur : 462, 472
- et recours au droit international privé : 175, 302, 306.

État civil :

- Instrument de police : 41, 43
- dimension historique (Royaume-Uni) : 46.

Exécution : 219, 323-324, 334-336, 353, 375 (v. aussi *Ordre public international*)

- moyen de contournement de la suppression de l'*exequatur* : 388-391.

Exequatur : v. *Confiance mutuelle, Efficacité, Exécution, Principe de reconnaissance mutuelle*

- et reconnaissance des décisions : 330, 476
- et protection des droits du défendeur : 341, 357, 388, 532-534
- et protection des valeurs essentielles à l'ordre juridique du for requis : 388
- régime simplifié : 331-332, 547
- réintroduction indirecte de l' – dans le règlement « Bruxelles II *ter* » : 391
- suppression : 331, 333-337, 341, 373, 542-543, 547.

- F -

Filiation :

- établissement et conflit international de droit transitoire : 74.

For de jugement et for de raisonnement : 523-529, 549.

Forum necessitatis : 220, 242, 500, 503, 549.

Forum non conveniens : 518-519

- arrêt *Owusu* : 382.

Forum shopping :

- et conflit de procédures : 508-511, 518-520
- et règles de conflit alternatives : 216-217
- et uniformisation des règles de conflit de lois : 217, 223
- lutte contre le phénomène : 215, 518-524, 529-530, 549.

Francovich : 452.

Fraude à la loi : 216

- et conflit mobile : n. 433

- méthode de la reconnaissance des situations : v. *Reconnaissance des situations*.

Freitag : 282, 287, 291.

- G -

Garcia Avello :

- Conflit de lois comme entrave à la libre circulation des personnes : 227
- Méthode de la reconnaissance des situations : 280-281.

Grunkin-Paul :

- Conflit de lois comme entrave à la libre circulation des personnes : 227
- Rattachement à la nationalité et principe de non-discrimination : 255
- Méthode de la reconnaissance des situations : 280, 282.

- H -

Harmonie internationale des solutions : 60, 63, 508, 511, 524.

- I -

Identité (personne) :

- condition de l'imputation : 43
- de la personne : 40, 158, 301, 546
- et libre circulation des personnes : 164
- fonction identificatrice, instrument de police : 41-44
- ipséité : 48, 50
- mêmeté, identité inter-temporelle : 43, 50.

Identité nationale : v. aussi *Droits fondamentaux, Principe de primauté du droit de l'Union, Souveraineté*

- et droit de l'Union européenne : 176, 397, 403-427, 547
- et identité européenne : 400-402
- identité constitutionnelle des États membres et primauté du droit de l'Union : 403-425, 454-457.

Inconciliabilité des décisions : v. aussi *Matière matrimoniale, Responsabilité parentale*

- et accès à la justice : 384, 508, 511, 513
- et déclinatoire de compétence des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » : 384
- et reconnaissance mutuelle des décisions : 531
- et uniformisation des règles de compétence internationale : 218
- motif de refus de reconnaissance et d'exécution des décisions : 218, 323, n. 1099.

Interprétation autonome : 232.

- J -

Justice : 21,

- fondement de la théorie italienne des statuts : 26
- limite à la réalité des coutumes et fondement du statut personnel dans la théorie française des statuts : 31-32.

- K -

Konstantinidis : 227, 465.

- L -

Libre circulation des personnes : 298-299, 356, 466, 472

- conditions d'exercice : v. *Directive 2004/38/CE*
- et accès à la justice : v. *Accès à la justice*
- et autonomie de la volonté : v. *Autonomie de la volonté*
- et circulation du statut familial : 164, 166-167, 281, 282 (v. aussi *Reconnaissance des situations*)
- et conflit de procédures : 508
- et coopération judiciaire en matière civile : 540
- et membres de la famille ressortissants d'États tiers du citoyen européen : 165
- et rattachement à la résidence habituelle en droit international privé de la famille de l'Union européenne : v. *Résidence habituelle*
- et reconnaissance des situations : v. *Reconnaissance des situations*
- et recul du rattachement à la nationalité : 260
- et uniformisation des règles de conflit de lois : 227-229, 260
- objectif du droit international privé de l'Union européenne : 15, 16, 160-183, 300-304, 541, 547-548.

Libre circulation des décisions :

- et construction de l'espace judiciaire européen : 15, 215, 222, 224, 245, 304, 307, 326-338, n. 1636, 341-342, 358, 373-374, 465, 481
- et uniformisation des règles de compétence internationale : 219-220, 300
- et uniformisation des règles de conflit de lois : 221-226, 300.

Lisbonne (*Bundesverfassungsgericht*) : 417.

Litige intra-européen : 490, 493-494, 500-503, 519, 541, 543, 549.

Litispendance internationale : 320, 511-513, 515-517, 520-521 (v. aussi *Matière matrimoniale, Responsabilité parentale*).

- M -

Mancini : 55-58.

Marché intérieur : v. aussi *Cassis de Dijon, Confiance mutuelle, Principe de reconnaissance mutuelle*

- et coopération judiciaire en matière civile : 5, 480-481, 541, 547
- et diversité des ordres juridiques nationaux : 459-470, 476, 541, 543, 548
- Livre blanc « L'achèvement du marché intérieur » : 312
- objectif des règles de compétence internationale directe : 213.

Mariage :

- absence de définition du mariage dans les règlements européens : 394
- mariage polygamique : 382-383
- refus de reconnaissance d'un – entre personnes de même sexe : 371-384, 387, 392-395
- reconnaissance des situations : 294-295.

Matière matrimoniale (Règlements « Bruxelles II », « Bruxelles II bis », « Bruxelles II ter » : (v. *Divorce, Exequatur, Mariage, Principe de reconnaissance mutuelle, Règlement « Rome III », Responsabilité parentale*)

- droit au divorce : 241
- et autonomie de la volonté : v. *Autonomie de la volonté*
- et concentration des compétences : 198, 200, 203
- et connexité internationale : 514-515
- et *forum shopping* : v. *Forum shopping*
- et litispendance internationale : 513, 515
- et rattachement au domicile : v. *Domicile*
- et rattachement à la nationalité : v. *Nationalité*
- et révision du règlement « Bruxelles II bis » : 192, 380
- règles de conflit alternatives : 203, 216-217, n. 1091, 245, 258, 272, 363
- uniformisation des règles de compétence internationale : 213-220.

Melloni : 422, 537.

Michaniki : 408.

Monisme : 447-456.

Morcellement : (v. *Dépeçage*)

- droit international privé commun : 188, 194
- droit de international privé de l'Union européenne : 189-194, 205,
- – géographique : 360-384.

- N -

N. S. : 535.

Nationalité :

- compatibilité du critère au principe de non-discrimination : v. *Principe de non-discrimination*
- conflits négatifs : 104, 115 (v. *Apatridie*)
- conflits positifs : 104-114, 152-155
- critère de rattachement du statut personnel : 83-86, 93-116, 158, 302, 375, 546
- défaillance du rattachement : 97-103, 147-151
- dépréciation du critère en droit international privé de la famille de l'Union : 257-263
- et accès à la justice : 490, 494, 501-502
- et autonomie de la volonté : v. *Autonomie de la volonté*
- et déclin de l'État-nation : 87
- et définition d'un élément constitutif de l'État : 89-90
- et domicile : 124-126, 157
- et identité de la personne : 139-144
- et intérêt de l'État : 80, 93-96, 107, 110, 139
- et souveraineté : 93-95, 105-108, 113, 138, 157, 302
- lien politique : 91
- primauté de la nationalité du for : 106-108, 150-153, 261
- principe des nationalités : 55, 93-94
- principe de la nationalité la plus effective : 108, 114, 153-154, 261
- surdétermination du rattachement : 97-103, 147-155.

Nom :

- changement du nom de l'enfant : 50
- conservation de l'usage du nom marital : 50
- institution de police : 44.

- O -

Omega : 407.

Optio juris :

- et révision du règlement « Bruxelles II bis » : 192.

Ordre juridique de l'Union européenne :

- autonomie : 434-435, 439-442, 450, 532
- construction de l' – : 374, 433, 441-446, 450, 453
- et interprétation autonome : 233-235
- et méthode de la reconnaissance des situations : 291
- et principe de l'effet utile : 180
- et diversité des ordres juridiques nationaux : 329, 348, 379, 414, 462-463
- et ordre juridique international : 432-435, 440, 450
- et ordres juridiques nationaux : 410, 435, 440, 450-459, 472-477, 541, 543, 548 (v. aussi *Pluralisme*)
- et protection des droits fondamentaux : 413, 414
- qualification : 431-446.

Ordre public international : v. aussi *Règlement « Rome III »*

- disparition du contrôle et certification : 322
- encadrement de l' – et uniformisation matérielle : 243-244, 384
- et accès à la justice : 531-533, 549
- et confiance mutuelle : 349-355, 533, 549
- et exécution des décisions : 324
- et rejet des institutions inconnues du for : 373
- et unité du droit de l'Union : 225, 240, 243-244, 373, 375, 383-384, 392-393.
- limite à la reconnaissance des situations : v. *Reconnaissance des situations*
- mission du juge interne : 352-353.

- P -

Partenariat enregistré : v. aussi *Nationalité*

- concentration des compétences : 201-202
- déclinatoire de compétence et morcellement géographique : 381-384
- et autonomie de la volonté : v. *Autonomie de la volonté*
- et marché intérieur : 469
- neutralité des règlements européens : 174, 294
- procédure d'adoption du règlement européen : 366
- refus de participation au règlement européen : 367
- refus de reconnaissance d'un – entre partenaires de même sexe : 371-375, 382.

Permanence :

- dimension temporelle : 67-78 (v. *Conflit de lois dans le temps*)
- et conflit mobile : 78
- et droit de l'Union européenne : 184
- et résolution du conflit international de droit transitoire : 73-74
- objectif du statut personnel : 18, 19, 63-65, 158, 301
- attribut de la loi dans l'ordre interne et de la loi personnelle dans l'ordre international : 60-61
- sentiment de l'individu : 50.

Personnalité :

- des coutumes : 26, 31

- des lois barbares : 28, 31
- théorie personnaliste de Mancini : 32.

Personne :

- égalité des personnes juridiques : 36-37, 43
- essence de la : 18, 35-36, 81, 158, 546
- juridique : 34-36, 546
- universelle humanité de la : 32.

Pillet : 57-63.

Pluralisme : 410, 430, 447, 455-458, 543, 548.

Principe d'attribution des compétences : 160, 302, 482, 522.

Principe de coopération loyale :

- et confiance mutuelle : 533, 535, 539
- et conflits de procédures : 510-511, 519, 521
- et principe de l'effet utile : **180**, 182
- et reconnaissance mutuelle des décisions : 533.

Principe de l'effet utile : **178-182**, 486.

Principe d'égalité : v. *Principe de non-discrimination*.

Principe de non-discrimination : 251-256, 281-282.

Principe de primauté du droit de l'Union : v. aussi *Contre-limites, Droits fondamentaux*

- et construction de l'ordre juridique de l'Union européenne : 447-456, 465
- et droits fondamentaux protégés par les droits nationaux des États membres : 413, 542, 547
- et identité constitutionnelle des États membres : 405-406, 411-426, 547.

Principe de reconnaissance mutuelle : v. aussi *Accès à la justice*

- et conflit de procédures : 510, 520
- et for de raisonnement : 529
- et uniformisation des règles de compétence internationale directe : 210-220, 300, 329, 546, 547
- et uniformisation des règles de conflit de lois : 210-211, 221-225, 300, 329, 523, 546, 547
- fondement de la coopération judiciaire en matière civile : 304, 329, 477, 480, 524, 530, 539-540, 543, 549 (v. aussi *Confiance mutuelle*)
- et fongibilité des ordres juridiques nationaux : 329-338, 342
- et suppression de l'*exequatur* : 341, 373-375, 539, 542, 547
- marché intérieur : 463.

Principe des nationalités : 55-56.

Principe du pays d'origine : v. *Principe de reconnaissance mutuelle*.

Principes de proportionnalité et de subsidiarité : 2, 186, 214, 243, 312, 373, 476, 493, 522.

Prévisions légitimes des parties : 81, 154, 157, 229.

Procès équitable : v. *Accès à la justice*.

Protection juridictionnelle effective : v. *Accès à la justice*.

Réalité des coutumes : 29.

Reconnaissance des situations :

- méthode : 276-283, 298, 395
- limites : 284-296.

Règlement « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » : v. *Partenariat enregistré*.

Règlement « Injonction de payer » (« IPE ») : 330, 362, 476.

Règlement « Petits litiges » : 330, 362.

Règlement « Régimes matrimoniaux » : v. aussi *Mariage*

- déclinatoire de compétence et morcellement géographique : 381-384
- et autonomie de la volonté : v. *Autonomie de la volonté*
- et concentration des compétences : 203
- et marché intérieur : 469
- et rattachement à la nationalité : v. *Nationalité*
- procédure d'adoption : 366
- refus d'*opt-in* de l'Irlande : 363
- refus de participation : 367.

Règlement « Rome III » : v. aussi *Mariage*

- article 13 : **378-380**, 384
- champ d'application : 192-193 (v. *Divorce, Matière matrimoniale*)
- droit au divorce égalitaire : 240
- et autonomie de la volonté : v. *Autonomie de la volonté*
- et coopération renforcée : 298, 378
- et *forum shopping* : v. *Forum shopping*
- et interprétation autonome : 237
- et ordre public international : 378
- et rattachement à la nationalité : v. *Nationalité*
- et règlement « Aliments » : 206
- refus d'*opt-in* du Royaume-Uni : 363
- refus de participation : 367
- uniformisation du divorce : 379.

Règlement « Successions » :

- concentration des compétences : 201
- et autonomie de la volonté : v. *Autonomie de la volonté*
- et définition du droit de la famille en droit de l'Union européenne : 7
- et marché intérieur : 469
- et méthode de la reconnaissance des situations : 282
- et rattachement à la nationalité : v. *Nationalité*
- et rattachement à la résidence habituelle : v. *Résidence habituelle*
- procédure d'adoption : 7, 298, 366
- refus d'*opt-in* du Royaume-Uni : 363.

Règlement « Titre exécutoire européen » (« TEE ») : 322, 330, 362, 390, 476.

Relevance : 430, 455-459, 474.

Réserve héréditaire : 244, 363.

Résidence habituelle :

- et accès à la justice : 490, 501
- et domicile : v. *Domicile*
- rattachement de principe du droit international privé de la famille de l'Union européenne : 266-271.

Responsabilité parentale : (v. aussi *Confiance mutuelle, Divorce, Exequatur, Inconciliabilité des décisions, Principe de reconnaissance mutuelle*)

- concentration des compétences : 198, 200
- conflits de décisions : 511
- et connexité internationale : 514-516
- et litispendance internationale : 513, 515-516
- for de raisonnement : 527.

Roubier : 69, 72.

- S -

Sahyouni : 237.

Sayn-Wittgenstein : 281, 286, 409.

Simmenthal : 450, 452.

Solange : 414.

Souveraineté :

- conflit de souverainetés : 59
- contre-limites : 413
- et protection de l'identité nationale des États membres : 403, 413, 419
- et principe de reconnaissance mutuelle des décisions : 329, 336
- territoriale des coutumes : v. *Réalité des coutumes*.

Statut personnel :

- catégorie conflictuelle : 17, 18, 38-39, 64-65, 158, 546
- et fragmentation du droit de l'Union : 392
- et libre circulation des personnes : v. *Libre circulation des personnes*
- théorie des statuts : 30, 32.

- T -

Territorialité féodale des coutumes : 28, 31 (v. *Réalité des coutumes*).

Théories des statuts : 20,

- théorie italienne : 24-26
- théorie française : 27-32
- théorie hollandaise : 32.

- U -

Uniformisation des règles de conflit : (v. aussi *Confiance mutuelle, Principe de reconnaissance mutuelle*)

- et accès à la justice : 500
- et compétence de l'Union : 2, 177, 181
- et coopération judiciaire en matière civile : 477
- et harmonisation : 177
- et interprétation : 178-179 (v. *Principe de l'effet utile*).
- et uniformisation matérielle : 225-245
- qualification d'entrave : v. *Libre circulation des personnes, Interprétation autonome*.

Unité du droit de l'Union : 379-385, 392, 405, 427, 457, 472 (v. aussi *Ordre public international*).

- V -

***Van Gend en Loos* :** 435, 438.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	V
RÉSUMÉ	VII
ABRÉVIATIONS	IX
SOMMAIRE.....	XIII
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE	
ANALYSE CRITIQUE DE LA RECONSTRUCTION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE EUROPÉEN AUTOUR DE L’OBJECTIF DE LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES	31
TITRE 1 : L’ANALYSE CLASSIQUE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE	33
CHAPITRE 1	
LA JUSTIFICATION DU STATUT PERSONNEL COMME CATÉGORIE	35
Section 1 : La spécificité essentielle de la personne, fondement du statut personnel	35
I. Une catégorie moderne reposant sur une théorie juridique de la personne.....	35
A. L’idée de justice au cœur de la construction du statut personnel.....	36
1. L’esprit de justice, fondement de la théorie italienne des statuts	38
2. L’idée de justice, tempérament à l’objectif politique de la théorie française des statuts.....	40
B. La prise en compte par le droit de la spécificité de la personne.....	46
II. Les fonctions internes de l’état, reflet de la spécificité de la personne	49
A. La fonction identificatrice de l’état comme institution de police.....	50
B. La fonction identitaire de l’état	57
Section 2 : L’objectif de permanence du statut personnel, protection de l’essence de la personne	61
I. Un objectif dicté par la transposition de la conception abstraite de la personne dans les relations privées internationales	61
A. L’abandon des objectifs définis sans considération de l’essence de la personne	61
1. La doctrine personnaliste de Mancini.....	61
2. La protection de l’individu chez Pillet.....	66
B. La permanence du statut personnel, vecteur de la protection de la personne dans les relations privées internationales.....	69
II. La dimension temporelle de la permanence du statut personnel.....	72
A. Le droit transitoire et le droit international privé	72
1. Le conflit transitoire de droit international.....	73
2. Le conflit international de droit transitoire.....	77
B. Le conflit mobile	82

CHAPITRE 2

LA DISCUSSION DES RATTACHEMENTS 89

Section 1 : Analyse critique des fondements des rattachements du statut personnel à la nationalité et au domicile 92

I. L'inadaptation au droit international privé moderne de la nationalité fondée sur le principe de souveraineté 93

A. Une incapacité alléguée de la nationalité à se renouveler en conséquence de la dégradation du lien entre l'État et l'individu 94

1. L'accent mis sur la nationalité en tant que lien souverainement déterminé 94

2. Le rattachement à la nationalité irrémédiablement fondé sur le principe de souveraineté 96

B. Le recul de la loi nationale en cas de surdétermination ou de défaillance du facteur de rattachement 101

1. La multiplicité des nationalités au sein d'une même famille 102

2. Les difficultés posées par les conflits de nationalités 109

a. Les conflits positifs de nationalités 109

i. Les conflits de nationalités impliquant la nationalité de l'État du for 110

ii. Les conflits de nationalités étrangères 113

b. Les conflits négatifs de nationalités 117

II. Les incertitudes affectant le critère du domicile quant à son fondement et à sa définition 118

A. Le principe de souveraineté, fondement originel et persistant du domicile 118

1. Sous l'Ancien droit : du lien d'allégeance territorial au lien d'allégeance personnel 118

2. Après 1804 : la résistance du critère du domicile en tant que lien d'allégeance 124

B. Les difficultés à définir un domicile fondé sur le principe de proximité 129

1. L'ambivalente prise en compte des considérations migratoires 129

2. L'ambivalence de la notion de domicile 134

Section 2 : Une appréciation renouvelée du rattachement à la nationalité centrée sur la protection de l'essence de la personne 137

I. Les fondements de la nationalité garantissant la protection de l'essence de la personne 137

A. La nationalité fondée sur les éléments constitutifs de l'identité de la personne 137

B. Le rattachement à la nationalité, vecteur de la construction de l'identité de la personne 143

II. La résolution à partir de la protection de l'essence de la personne des difficultés posées par la surdétermination ou la défaillance du rattachement à la nationalité 150

A. La définition du domicile, rattachement subsidiaire en droit international privé de la famille, à l'aune de l'objectif de protection de l'essence de la personne 151

B. La prise en compte de considérations privatistes dans le cadre de la résolution du conflit positif de nationalités 156

CONCLUSION DU TITRE 167

TITRE 2 : LA REMISE EN CAUSE DE L'ANALYSE CLASSIQUE PAR LES OBJECTIFS DE LA CONSTRUCTION EUROPÉENNE	169
CHAPITRE 1	
LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE AFFECTÉ À L'OBJECTIF DE LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES	171
Section 1 : La diversité des droits matériels comme obstacle à la libre circulation des personnes	171
I. La libre circulation du statut familial garante de la libre circulation des personnes	171
II. L'insurmontable diversité des droits nationaux de la famille	176
Section 2 : L'uniformisation du droit international privé de la famille comme condition d'un espace sans frontières intérieures	182
I. Une distorsion entre les présupposés du droit international privé et la fin poursuivie par le droit international privé de l'Union.....	182
II. Une lecture extensive des compétences restreintes de l'Union en droit international privé de la famille	186
CHAPITRE 2	
LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES ET LE RELÂCHEMENT DU LIEN ENTRE LES INDIVIDUS ET L'ÉTAT	195
Section 1 : Le relâchement dans les règles du droit international privé de la famille européen	195
I. Un morcellement fonctionnel de la matière	196
A. Le morcellement comme méthode de construction du droit international privé de la famille de l'Union européenne	196
B. Les mécanismes de réduction du phénomène de morcellement	204
1. En matière de compétence juridictionnelle.....	205
2. En matière de compétence législative.....	214
II. L'uniformisation, condition de l'intégration des individus dans un espace européen	216
A. L'uniformisation systématique des règles de conflit au service de la libre circulation des personnes.....	217
1. L'uniformisation, préalable à la reconnaissance mutuelle des décisions	217
a. L'uniformisation des règles de compétence directe, condition d'existence alléguée du principe de reconnaissance mutuelle des décisions	217
b. L'uniformisation des règles de conflit de lois au soutien d'une circulation supposément facilitée des décisions	226
2. L'uniformisation des règles de conflit de lois, outil de la disparition des entraves à la libre circulation des personnes	231
B. Une uniformisation progressive des notions matérielles.....	235
1. L'interprétation autonome au service de la construction de l'ordre juridique européen	236
2. Les conceptions matérielles véhiculées par les règlements de l'Union.....	246
Section 2 : Vers une libre constitution de leur statut personnel par les individus	256

I.	Le recul de la localisation de la situation par le recours à des facteurs de rattachement souples	257
A.	La disqualification des rattachements à la nationalité et au domicile en droit international privé de la famille de l'Union européenne	257
1.	La place subsidiaire du rattachement à la nationalité	258
a.	La conformité avérée du rattachement à la nationalité au principe de non-discrimination en raison de la nationalité	258
b.	Une subsidiarité justifiée par la politique législative favorable à la libre circulation des personnes.....	266
2.	La disparition du rattachement au domicile.....	275
B.	La promotion de facteurs « aux mains des parties » : la résidence habituelle et l'autonomie de la volonté	278
1.	Le lien avec le milieu d'intégration choisi par l'exercice de la liberté de circulation : la résidence habituelle.....	278
2.	La souplesse en complément de la sécurité juridique : l'autonomie de la volonté encadrée.....	281
II.	La reconnaissance des situations.....	285
A.	Les enseignements de la jurisprudence en matière de nom : une conception jurisprudentielle libérale de la reconnaissance des situations	286
1.	Des prévisions légitimes à la volonté des parties : le défaut d'exigence d'un rattachement objectif de la situation à l'État d'origine	286
2.	Des limites strictement encadrées.....	292
a.	Une limitation <i>a posteriori</i> par le recours à l'ordre public de l'État d'accueil dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité.....	293
b.	Le poids limité de la fraude face aux principes de libre circulation et de confiance mutuelle	296
B.	Les perspectives ouvertes par la jurisprudence en matière de droit au séjour du conjoint de même sexe	298
	CONCLUSION DU TITRE	305
	CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	307
	SECONDE PARTIE	
	L'UNIFORMITÉ DE L'ESPACE JUDICIAIRE EUROPÉEN EN MATIÈRE FAMILIALE À L'ÉPREUVE DU PRINCIPE DE COHÉRENCE.....	309
	TITRE 1 : LES FRAGILITÉS DE L'ESPACE UNIFORME EUROPÉEN EN MATIÈRE FAMILIALE	311
	CHAPITRE 1	
	LES FRAGILITÉS THÉORIQUES DU PRINCIPE DE RECONNAISSANCE MUTUELLE.....	313
	Section 1 : Les fondements incertains du principe.....	316
I.	Les liens entre confiance mutuelle et principe de reconnaissance mutuelle ..	316
A.	Dans le marché intérieur : l'équivalence, la confiance, la reconnaissance	316
B.	Entre principe politique et principe juridique : une confiance mutuelle imposée dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile.....	321
II.	De l'allègement à la suppression de l' <i>exequatur</i> en matière familiale : inférence systématique à partir d'une caractérisation incohérente de la confiance mutuelle	329

Section 2 : La discutable préférence donnée par le principe de reconnaissance mutuelle à la liberté sur la justice 341

- I. L'anticipation d'un espace judiciaire européen unifié : le caractère central de la notion d'entrave..... 342
 - A. L'assimilation des décisions étrangères aux décisions internes..... 342
 - B. La poursuite de l'efficacité au seul prisme de l'entrave : l'accès à la justice réduit à la « libre circulation » des décisions 355
- II. La confiance mutuelle au service d'un accès à la justice au seul prisme de l'entrave : un risque pour la protection des droits fondamentaux 360
 - A. En amont : fonder la confiance sur la garantie du respect des droits fondamentaux des parties. D'une confiance aveugle à une confiance « tangible » 360
 - B. En aval : la nécessité d'un contrôle au regard de l'ordre public de l'État requis 366

CHAPITRE 2

LES ÉCUEILS PRATIQUES DÉCOULANT DES RÉACTIONS DES ÉTATS MEMBRES..... 377

Section 1 : Les réactions intégrées : l'unité contredite par une construction différenciée 378

- I. Le morcellement organisé dans le cadre de l'adoption des textes 378
 - A. Un morcellement géographique général de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : les clauses d'*opt-out* avec ou sans possibilité d'*opt-in* 378
 - B. Le développement de la coopération renforcée en matière familiale..... 382
- II. Le morcellement organisé dans le cadre de l'application des textes..... 390
 - A. À l'origine, l'expression incidente d'une réserve : l'article 22 du règlement « Aliments » 391
 - B. Un élément de variation casuistique des limites prédéfinies de l'espace judiciaire européen 397
 - 1. En matière de conflit de lois : l'article 13 du règlement « Rome III » 397
 - 2. En matière de conflit de juridictions : le déclinatoire de compétence des règlements « Régimes matrimoniaux » et « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » 401

Section 2 : Les réactions négligées : le conflit entre l'identité européenne et les identités nationales 410

- I. La mobilisation possible du domaine de compétence des États membres pour limiter la « circulation » de décisions émanant d'un autre État membre 410
 - A. Réflexion prospective sur les règles relatives à l'exécution des décisions 411
 - B. Un repli identitaire de certains États membres sur la conception nationale du mariage 413
- II. Le recours contestataire à la protection identitaire..... 421
 - A. La conciliation en droit de l'Union de la protection de l'identité nationale des États membres et d'une uniformité perçue comme une nécessité existentielle..... 422
 - 1. La construction d'une identité européenne à partir des éléments communs aux identités nationales. 422
 - 2. Une protection européenne circonspecte de l'identité nationale en tant que limite à l'uniformité du droit de l'Union 424

B. La revendication de la protection de l'identité constitutionnelle des États membres par les cours constitutionnelles nationales : une limitation assumée de la primauté du droit de l'Union	433
1. Le respect des droits fondamentaux, limite au principe de primauté du droit communautaire.....	433
2. Le renouvellement des réserves de constitutionnalité sur le fondement de l'identité constitutionnelle depuis le traité de Maastricht.....	439
CONCLUSION DU TITRE	453
TITRE 2 : UNE LECTURE RENOUVELÉE DU FONDEMENT ET DE L'OBJECTIF DE LA CONSTRUCTION DE L'ESPACE JUDICIAIRE EUROPÉEN	455
CHAPITRE 1	
LA DIVERSITÉ DES ORDRES JURIDIQUES COMME FONDEMENT D'UNE COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE FAMILIALE	457
Section 1 : La nature pluraliste des rapports entre ordres juridiques au sein de l'Union européenne	457
I. Analyse critique de la qualification d'ordre juridique de l'Union européenne 458	
A. La genèse de la qualification de l'Union européenne comme ordre juridique	459
B. Une caractérisation partielle : l'Union européenne, un ordre juridique en construction	462
II. Une relecture pluraliste des rapports entre ordres juridiques au sein de l'Union européenne	473
A. La revendication du contrôle de la primauté interne du droit de l'Union, traduction d'une lecture moniste	473
B. L'adéquation d'une analyse des rapports entre ordres juridiques nationaux et de l'Union en termes pluralistes : la mesure de la relevance des ordres juridiques	477
Section 2 : Reconnaître le respect de la diversité des ordres juridiques en tant que fondement spécifique de la coopération judiciaire en matière familiale.....	487
I. Les conséquences du caractère central de la libre circulation des personnes sur le respect de la diversité des ordres juridiques	488
A. La diversité des ordres juridiques, entrave dans le cadre du marché intérieur	489
B. La diffusion de la logique du marché intérieur dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice et son dépassement.....	491
II. La diversité des ordres juridiques, élément intrinsèque à l'espace de liberté, de sécurité et de justice	499
CHAPITRE 2	
L'ACCÈS À LA JUSTICE COMME OBJECTIF DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE EUROPÉEN.....	509
Section 1 : La définition de l'accès à la justice comme objectif de la coopération judiciaire en matière civile	510
I. « Faciliter l'accès à la justice » : définition du contenu de l'objectif.....	511
II. Les bénéficiaires de l'accès à la justice : circonscription du domaine de l'objectif	517

Section 2 : La définition renouvelée de l'action européenne en matière de droit international privé de la famille	522
I. L'organisation de la coopération judiciaire en matière familiale dans le cadre de l'instance directe.....	523
A. En matière de compétence internationale des tribunaux.....	523
1. La détermination résiduelle d'un forum necessitatis dans le cadre d'un litige intra-européen.....	523
2. La gestion des cas de compétences concurrentes	528
a. La compétence fondée sur la connexité d'une demande à la demande principale.....	528
b. La résolution des conflits de procédures et de décisions.....	529
B. En matière de conflit de lois.....	539
II. Faire reconnaître et exécuter une décision judiciaire rendue dans un autre État membre.....	545
CONCLUSION DU TITRE	555
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	557
CONCLUSION GÉNÉRALE	561
BIBLIOGRAPHIE	567
I. Ouvrages généraux, traités, manuels.....	567
II. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies	569
III. Ouvrages collectifs et actes de colloques	576
IV. Cours, articles, communications, contributions, comptes rendus et working papers	578
V. Commentaires de textes, entrées d'encyclopédies et de dictionnaires.....	612
VI. Notes de jurisprudence, observations et conclusions	615
VII. Documents institutionnels, communiqués, résolutions, discours, études officielles et rapports	617
A. Droit français.....	617
B. Droit du Conseil de l'Europe	618
C. Droit de l'Union européenne.....	618
D. Droit comparé.....	623
VIII. Articles de presse	623
TABLE DES DÉCISIONS ET AVIS.....	625
I. Juridictions internationales.....	625
A. CPJI/CIJ	625
B. Cour permanente d'arbitrage.....	625
C. Commissions et tribunaux bilatéraux.....	625
II. Juridictions européennes	625
A. Cour européenne des droits de l'homme et Commission européenne des droits de l'homme.....	625
B. Cour de justice des Communautés européennes / Cour de justice de l'Union européenne.....	627

III.	Juridictions nationales françaises	634
A.	Conseil Constitutionnel.....	634
B.	Conseil d'État.....	634
C.	Cour de cassation	634
D.	Juridictions judiciaires d'appel	637
E.	Juridictions judiciaires de première instance	637
IV.	Juridictions nationales étrangères.....	638
A.	Tribunal constitutionnel fédéral allemand (<i>Bundesverfassungsgericht</i>)	638
B.	Tribunal constitutionnel espagnol	638
C.	Juridictions italiennes.....	638
D.	Cour constitutionnelle lettone	639
E.	Tribunal constitutionnel polonais.....	639
F.	Cour constitutionnelle tchèque.....	639
TABLE DE LÉGISLATION		641
I.	Droit national.....	641
A.	Droit français.....	641
B.	Droits étrangers	641
II.	Droit de l'Union européenne.....	642
III.	Droit international	645
INDEX ALPHABÉTIQUE		647
TABLE DES MATIÈRES.....		661