



HAL
open science

La famille saisie par l'Union

Etienne Pataut

► **To cite this version:**

Etienne Pataut. La famille saisie par l'Union. Elsa Bernard, Marie Cresp & Marion Ho-Dac. La famille dans l'ordre juridique de l'Union, Bruylant, pp.91-115, 2020, Droit de l'Union européenne. halshs-03084012

HAL Id: halshs-03084012

<https://shs.hal.science/halshs-03084012>

Submitted on 20 Dec 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La famille saisie par l'Union

Etienne PATAUT

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1), IRJS

Introduction

L'idée même d'une confrontation de l'Europe et de la famille a quelque chose d'incongru. Construction initialement purement économique, la Communauté économique européenne, pourrait-on penser, n'avait rien à dire sur la famille. L'émergence de l'Union européenne (ci-après « l'Union »), qui a réorienté en profondeur la construction européenne n'y a, à première vue, rien changé car le droit de l'Union est, avant tout, un droit de l'individu¹. Sur ce sujet, tout, sans doute, a déjà été dit, y compris pour souligner les limites de cette approche par les droits. C'est au citoyen que l'on garantit la circulation et certains droits politiques, à l'humain que l'on confère des droits fondamentaux, c'est l'individu maltraité que l'on va protéger contre la discrimination, au travailleur que l'on va assurer une protection minimale. Mais rien, ou si peu, en revanche, sur la famille.

Faute, tout d'abord, de compétence. Même si les compétences de l'Union ont progressivement été bouleversées, la famille, en tant qu'objet juridique, est restée largement en dehors de ce mouvement et on chercherait en vain trace des grandes institutions familiales dans les traités. Mariage, filiation, succession : ce vocabulaire n'est pas celui de l'Union. Faute, ensuite, de politique. L'Union, en tant qu'institution supranationale, n'a apparemment pas de discours ou d'orientation particulière sur la famille. Ainsi reste-t-elle prudemment à l'écart des grandes controverses qui traversent les États membres, sur la gestation pour autrui ou le mariage entre personnes de même sexe. Si l'écho de ces controverses apparaît parfois, même très atténué, dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la prudence institutionnelle n'en est pas moins de mise. La famille serait-elle étrangère à l'Union ?

Il n'en est rien.

Si en effet le droit de la famille n'est pas du droit de l'Union, la famille elle-même n'y est pas extérieure². C'est indirectement, par le biais de ses politiques propres, que l'Union s'est emparée de cet objet singulier qu'est la famille. Au moins trois branches particulières du droit européen se rencontrent désormais pour connaître de la famille : la politique sociale, la libre circulation et le droit international privé. La première, dont il ne sera pas directement question ici, est très largement orientée autour des exigences de la non-discrimination et évolue progressivement vers une prise en compte proprement européenne de la vie familiale, notamment dans ses rapports avec la vie professionnelle³.

Les deux autres domaines, centrés autour des familles en mouvement, ont d'importants points de convergence, surtout depuis qu'ils sont l'un et l'autre irrigués par les exigences de la citoyenneté européenne. Ils font de la famille un véritable objet autonome du droit de l'Union (1).

¹ Sur ce sujet, voy. l'important et récent ouvrage de J. RONDU, *L'individu, sujet du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2020.

² Voy. H. FULCHIRON, « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Deffrénois* 2005, art. 38239, 1461 ; du même auteur : « Un modèle familial européen ? », in H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, spéc. p. 171.

³ Sur la politique sociale, voy. dans le présent volume, S. ROBIN-OLIVIER, « La famille dans la politique sociale de l'UE ».

Dès lors, même si la famille reste à la marge du droit de l'Union, un paysage se dévoile progressivement. Paysage qui ne laisse pas d'être paradoxal, tant il reste aujourd'hui encore difficile de concilier un droit de l'Union fondamentalement individualiste et tourné autour des droits subjectifs, avec le collectif que constitue la famille. Il n'en demeure pas moins que, par touches, se dévoile une certaine forme de famille : mobile, effective et intégrée (2).

1. La famille, objet du droit de l'Union

Le droit de l'Union, avant de s'intéresser à la famille, s'est intéressé à ses membres. C'est à ceux-ci, en effet, que s'adressent les dispositions en matière de liberté de circulation. Il reste que, en déployant progressivement toutes les conséquences de la liberté de circulation, surtout depuis l'émergence de la figure désormais centrale du citoyen, la Cour de justice élabore progressivement une véritable politique de la famille (1.1), mouvement encore renforcé par l'émergence d'un abondant droit international privé de la famille (1.2).

1.1. Liberté de circulation : les familles au prisme de la jurisprudence

A tout seigneur, tout honneur : c'est bien évidemment par le biais de la libre circulation que la famille s'est en premier lieu imposée comme objet du droit de l'Union. La famille du travailleur, au départ, celle du citoyen, désormais, fait l'objet de toutes les attentions et d'une vigoureuse politique européenne. « Nous avons appelé des bras, et ce sont des hommes qui sont venus », disait Max Frisch⁴. Instituer la libre circulation des travailleurs sans leur permettre, dans le même temps, de faire venir leur famille et leur assurer une protection sociale aurait en effet confiné à l'absurde et probablement conduit à l'ineffectivité d'une aussi peu attractive liberté.

Aussi le droit de l'Union a-t-il très tôt saisi la famille par le biais de la politique, ancienne et puissante, du regroupement familial et de l'articulation des régimes familiaux de sécurité sociale.

La première, avant de relever des droits fondamentaux, fait partie intégrante d'une politique de libre circulation bien comprise, comme en témoigne désormais le titre même de la directive 2004/38, qui s'adresse au citoyen européen et aux membres de sa famille⁵. Cette politique a rapidement conduit à une extension de la libre circulation aux membres de la famille, y compris envers les ressortissants des pays tiers à une époque pourtant où l'Union était dépourvue de compétence en matière d'immigration⁶. Avec l'extension à tous les citoyens de l'Union de la liberté de circulation, d'ailleurs, la question du regroupement familial a beaucoup perdu de son importance pour les membres de famille eux-mêmes ressortissants d'un État membre. En revanche, pour les ressortissants d'États tiers, le lien familial est d'une importance cruciale, précisément parce que, ne bénéficiant pas d'un droit propre au séjour, celui-ci ne peut se justifier, au moins au départ, que dans la mesure où il sert les objectifs du séjour du citoyen européen auquel il est lié. La Cour de justice le rappelle fréquemment, qui affirme que :

« La finalité et la justification de tels droits dérivés tiennent au fait que le refus de leur reconnaissance serait de nature à porter atteinte, notamment, à l'exercice effectif par le

⁴ Cité par F. JAULT-SESEKE, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, LGDJ, 1996, p. 1.

⁵ 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, JO, 30 avril 2004, L 158, p. 77.

⁶ P. RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, 2^e éd. LGDJ, 2014, n° 190.

citoyen de l'Union concerné de sa liberté de circulation ainsi qu'à l'exercice et l'effet utile des droits que celui-ci tire de l'article 21 §1 TFUE »⁷.

Le regroupement familial est donc à la fois la pointe extrême du droit européen des migrations et un bras de la politique de libre circulation des citoyens.

La seconde, l'articulation des régimes familiaux de sécurité sociale, est, elle aussi, un confluent de la politique de libre circulation, comme en témoigne le traité lui-même : il est à peine utile de rappeler que l'article 48 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »), presque inchangé depuis 1957, n'organise la coordination des régimes de sécurité sociale que dans la mesure où celle-ci sert les objectifs de la circulation des travailleurs et désormais des citoyens⁸. A cet égard, la branche « famille » de la sécurité sociale est régulièrement objet de discussions vives entre les États membres et l'Union, tant les premiers rechignent parfois à donner sa pleine mesure à l'articulation des régimes et à la solidarité qui l'accompagne. En témoignait, hier, la célèbre affaire *Pinna* de 1986⁹, qui a mis fin aux réticences françaises à verser aux familles restées dans le pays d'origine du travailleur ayant exercé sa liberté de circulation, le montant des prestations familiales auquel celles-ci avaient droit. La condamnation de la France avait été, à l'époque, sans appel, comme introduisant une discontinuité inacceptable dans le régime de protection des travailleurs mobiles. Plus près de nous, témoignent encore de cette réticence les difficiles négociations visant à la réforme du règlement 883/2004 qui se heurtent, entre autres, aux réticences étatiques à servir les prestations familiales à des familles restées dans le pays d'origine¹⁰. On le voit, les choses, sur ce point, n'ont guère bougé depuis 1986.

Elles ont, en revanche, été entièrement bouleversées par l'émergence de la citoyenneté européenne. Il y a là une véritable saga jurisprudentielle, par laquelle la Cour de justice, à partir de l'introduction de la citoyenneté dans les traités, a, pas à pas, construit une obligation de reconnaissance des situations familiales. Il est à peine nécessaire de rappeler et de souligner l'importance de cette construction jurisprudentielle, qui remet en cause les fondements même du droit international privé, tant celle-ci a suscité de commentaires¹¹.

A très grands traits, l'obligation de reconnaissance a été déduite par la Cour de justice des exigences de la liberté de circulation des citoyens qui imposerait, selon elle, de pouvoir circuler avec son état civil. Une telle solution pourrait aller jusqu'à la « portabilité du statut personnel » comme on a pu désigner, avec un grand bonheur de plume, cette obligation qui serait faite aux États d'accueil de reconnaître la situation familiale du citoyen européen ayant exercé son droit à la mobilité¹².

Pour l'essentiel, cette jurisprudence était pendant longtemps limitée à l'état civil des individus et, singulièrement, au nom de famille. La question, bien entendu, est essentielle, mais elle n'est pas, loin s'en faut, le cœur du droit de la famille. Il n'en reste pas moins que la doctrine avait de longue date identifié le potentiel expansionniste d'une justification fondée sur la nécessité de respecter la permanence du statut du citoyen européen à travers les frontières européennes. Aussi est-il possible à la fois de n'être pas étonné et de souligner

⁷ CJUE, Gde Chambre, 10 septembre 2019, *Chenchooliah*, C-94/18, EU:C:2019:693.

⁸ Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO*, 30 avril 2004, L 166, p. 1, article 2.

⁹ CJCE, 15 janvier 1986, 41/84, *Pinna*, EU:C:1986:1.

¹⁰ Sur l'ensemble de ce débat, voy. part. I. OMARJEE, *Droit européen de la protection sociale*, Bruylant, 2018, pp. 231 et s.

¹¹ Parmi une littérature pléthorique, voy. la synthèse proposée par D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit International Privé*, 4^e éd., PUF, 2017, n° 569 et s. Parmi les nombreuses thèses de doctorat, voy. en dernier lieu S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, thèse dact., Paris 2, 2017.

¹² S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, thèse dact., Liège, 2016, publ. 2017.

l'importance de l'affaire *Coman*¹³ qui a étendu l'obligation de reconnaissance élaborée par la Cour de justice à la situation, délicate entre toutes, du mariage en général et du mariage entre personnes de même sexe en particulier.

On sait que le mariage concernait un ressortissant roumain et un ressortissant des États-Unis, initialement régulièrement installés en Belgique, avant de s'installer en Roumanie. La directive 2004/38 ne s'appliquant pas au retour d'un citoyen et de sa famille dans son propre État, c'est directement dans le traité qu'il a fallu aller chercher la justification permettant d'accorder un droit au séjour au mari de M. Coman.

C'est ainsi que la Cour a pu affirmer que :

« lorsque, à l'occasion d'un séjour effectif du citoyen de l'Union dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, en vertu et dans le respect des conditions prévues par la directive 2004/38, une vie de famille s'est développée ou consolidée dans cet État membre, l'effet utile des droits que le citoyen de l'Union concerné tire de l'article 21, paragraphe 1, TFUE exige que la vie de famille que ce citoyen a menée dans ledit 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 »¹⁴.

La portée exacte de cette décision devra encore être précisée. Il reste tout particulièrement à savoir si la solution de la Cour de justice va au-delà du simple octroi du droit au séjour pour englober aussi le statut civil du mariage, ce qui serait d'une toute autre ampleur. S'agissant du mariage homosexuel, tout particulièrement, les États sont parfaitement légitimes à s'y opposer, du fait de leur compétence exclusive en matière de droit substantiel de la famille. Dès lors, la décision de la Cour de justice laisse grande ouverte la difficulté de la mesure exacte dans laquelle les États membres peuvent invoquer leur ordre public pour s'opposer à la circulation d'une situation familiale et personnelle. Portant sur le cœur même du statut personnel, l'arrêt *Coman* est donc d'une toute autre ampleur que les précédents, qui portaient sur les questions importantes, mais tout de même plus anecdotiques, des titres nobiliaires¹⁵ ou des translittérations¹⁶.

Quoiqu'il en soit, la tendance est ici très nette : celle de l'élaboration d'un espace intérieur sans frontières au sein duquel les individus peuvent circuler non seulement physiquement, mais encore muni de leur caractéristiques juridiques et familiales. La solution est évidemment très frappante, ce qui justifie qu'elle soit extensivement étudiée¹⁷ et qu'elle incite à la recherche de fondements spécifiquement européens à un droit international privé de la famille¹⁸ ; surtout, elle dévoile progressivement un tableau qui va bien au-delà du seul cadre de la liberté de circulation. Touche par touche, en effet, apparaît une véritable politique européenne de la famille.

Les familles sont donc bien, sans conteste, au cœur de la politique de libre circulation. Elles sont désormais aussi au cœur d'une nouvelle politique de l'Union, celle du droit international privé.

¹³ CJUE, Gde Chambre 5 juin 2018, *Coman e. a.*, C-673/16, EU:C/2018:385.

¹⁴ *Ibid.*, point 24.

¹⁵ CJUE 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, EU:C:2010:806 ; CJUE 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14, EU:C:2016:401.

¹⁶ CJCE, 30 Mars 1993, *Konstantinidis*, C-168/91, EU:C:1993:115 ; CJUE 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn*, C-391/09, EU:C:2011:291.

¹⁷ Voy. en dernier lieu., en Français, H. FULCHIRON (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Lexis Nexis, 2019.

¹⁸ L. RASS-MASSON, « The Foundation of European Private International Family Law », *Yearbook of Private International Law*, vol. 20 (2018/2019), p. 217.

1.2. Droit international privé : l'évolution du droit écrit

La compétence de l'Union pour adopter des textes de droit international privé a fait l'objet de vifs débats, particulièrement en France, en raison de textes incontestablement mal rédigés. Si l'article 81 TFUE (ex. article 65 du traité CE) admet en effet une compétence de droit international privé, c'est au prix de contorsions de langage qui rendent le texte fort obscur. Les textes doivent ainsi être adoptés « notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur » et doivent assurer « la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence ». Ce vocabulaire approximatif a suscité quelques interrogations¹⁹ et, parfois, de vigoureuses controverses²⁰. Pour autant, le droit de la famille, malgré son rapport lointain avec le marché intérieur, n'est pas exclu de cette compétence, mais soumis à une condition d'unanimité au Conseil (article 81, §3, TFUE) qui complique encore l'adoption des textes en cas de divergences de fond entre les États membres sur ces sujets sensibles.

Il reste que l'incursion du droit européen dans le droit international privé de la famille n'est plus à démontrer. Elle est faite. A partir de la Convention dite de Bruxelles²¹, inspirée par un projet du Groupe européen de droit international privé²² et jamais entrée en vigueur, ont été adoptés plusieurs règlements importants en matière de droit de la famille. La Convention initiale a ainsi été transformée en règlement européen²³, lui-même deux fois modifié²⁴. Ensuite, à ce texte relatif au divorce, à la responsabilité parentale et à l'enlèvement d'enfants ont été ajoutés d'autres règlements, sur la loi applicable au divorce²⁵ et sur les obligations alimentaires, les successions et les régimes matrimoniaux²⁶. Témoignage des difficultés de l'unanimité, les règlements sur la loi applicable au divorce et sur les régimes matrimoniaux ont été adoptés par la procédure de la coopération renforcée, rendant l'unification un peu moins complète qu'elle n'aurait pu l'être.

¹⁹ C. KOHLER, « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam », *Rev. Crit. DIP.* 1999. 1.

²⁰ Sur ce débat, voy. not. P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit International privé*, 12^e éd., LGDJ, 2019, n° 34.

²¹ Convention *concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale* du 28 mai 1998, *JOCE*, n° C 221 du 16 juillet 1998

²² 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 de 1993, texte à la *Rev. Crit. DIP.* 1993. 841.

²³ Règlement n° 1347/2000, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale des enfants communs, *JO*, 30 juin 2000, L 160, p. 19, dit Règlement Bruxelles 2.

²⁴ Règlement n° 2201/2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, *JO*, 23 décembre 2003, L 338, p. 1, dit Règlement Bruxelles 2 *bis* ; Règlement 2019/1111, 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, *JO*, 2 juillet 2019, L 178, p. 16, dit Règlement Bruxelles 2 *ter*.

²⁵ Règlement n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *JO*, 29 décembre 2010, L 343, p. 10 (dit Règlement Rome 3).

²⁶ Respectivement : Règlement n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, *JO*, 10 janvier 2009, L 7, p. 1 ; Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, *JO*, 27 juillet 2012, L 201, p. 107 ; Règlements 2016/1103 et 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 de régimes matrimoniaux (ou, pour le second, d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés), *JO*, 8 juillet 2016, L 18, p. 1.

Le droit international privé de la famille est donc désormais très largement européenisé, même si deux importants pans de celui-ci manquent encore : le mariage et la filiation.

Le plus frappant, peut-être, dans cette avalanche législative, est son relatif classicisme. Alors, en effet, que les débats font rage depuis le tournant du siècle sur l'influence du droit de l'Union sur les méthodes du droit international privé, de l'invention d'une « règle de conflit cachée » en faveur du pays d'origine à la généralisation de la méthode de la reconnaissance, les règlements de droit international privé semblent, pour leur part, rester relativement classiques. La méthodologie est bien celle du droit international privé traditionnel : règles de conflit de lois, règles de compétence juridictionnelle, règles de reconnaissance et de circulation des décisions.

Les règles de conflit de lois, tout d'abord, sont adaptées et modernisées, mais elles n'en relèvent pas moins de la méthode bilatérale habituelle : délimitation de la catégorie, détermination d'un élément de rattachement pertinent, désignation de la loi applicable. Elles sont toutes, qui plus est, dites « universelles » en ce sens qu'elles désignent aussi bien la loi d'un État membre que celle d'un État tiers. De ce fait, elles ne diffèrent donc ni des règles de conflit de lois purement nationales, ni des règles de conflit de lois de source internationale, sur le modèle de celles qui sont adoptées à la Conférence de La Haye.

Les choses sont un peu différentes avec les règles de compétence internationale. La nature même de celles-ci a pour conséquence que les dispositions d'un règlement européen ne peuvent rendre compétents que les seuls tribunaux des États membres. A la différence des règles de conflit de lois universelles, les règles de compétence sont nécessairement limitées aux tribunaux des États membres. Il n'en reste pas moins que le seul fait de leur unification européenne modifie au moins partiellement leur nature. Vue de l'intérieur de l'Europe, en effet, la règle de compétence n'est plus unilatérale et propre à chaque État ; elle est commune et abstraitement formulée, permettant dès lors d'attribuer compétence aussi bien aux tribunaux d'un État membre qu'à ceux d'un autre. C'est bien de répartition des contentieux au sein de l'Union qu'il s'agit, une répartition qui a comme assiette l'intégralité du territoire européen. Dès lors, pour n'être pas encore fédérale, sauf exception²⁷, la règle de compétence internationale n'en dessine pas moins un territoire unique de l'Europe, au sein duquel la différence entre règle de compétence interne et règle de compétence internationale s'affadit. La frontière pertinente en matière de compétence est donc désormais bien plus la frontière externe de l'Europe, y compris en matière familiale²⁸.

Il reste que, même classique, les règles de conflit de lois et de compétence tendent incontestablement vers un grand libéralisme, on y reviendra. En consacrant de nombreuses options de compétence, en permettant un recours à l'autonomie de la volonté de plus en plus large, les règlements ouvrent de nombreuses possibilités aux parties de se placer sous l'empire du droit le plus favorable à leurs intérêts immédiats et rendent parfois un peu illusoirs certaines réticences encore fulminées par les droits nationaux de la famille.

D'autant que cette évolution s'appuie sur une politique déterminée de reconnaissance et d'exécution des décisions sur tout le territoire européen. L'innovation la plus spectaculaire, en effet, est peut-être dans la troisième partie de ces règlements : la circulation des décisions. En cette matière en effet, pourtant très procédurale et très technique, les innovations importantes ne manquent pas, qui visent, progressivement, à mettre en place un territoire unique de

²⁷ Ainsi en matière de marques européennes ou de brevet européen. Sur l'ensemble, on se permettra de renvoyer à E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », in S. BOLLEE et al. (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS Éditions, 2013, pp. 23.

²⁸ Sur l'ensemble, voy. part. A. MALATESTA, S. BARIATTI, F. POCAR (dir.), *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*, Studi et pubblicazioni della rivista di diritto internazionale privato et processuale, vol. 71, 2008.

circulation des décisions. La plus importante, ainsi que la plus symbolique, est la disparition de l'*exequatur*.

L'*exequatur* est, historiquement, la procédure préalable à la mise à exécution des décisions étrangères sur le territoire du for. Cette procédure sert à la fois à vérifier la régularité de la décision étrangère et à lui apposer la formule exécutoire qui permettra de procéder à des actes de coercition sur les personnes ou d'exécution matérielle sur les biens. Elle permet, en quelque sorte, de naturaliser la décision étrangère et de lui conférer tous les pouvoirs exorbitants attachés à la décision nationale²⁹. Il s'agit donc bien d'une procédure au cœur des pouvoirs souverains de l'État et propre à marquer de la façon la plus nette les frontières de ceux-ci³⁰.

Pourtant, en Europe, cette procédure particulière est en train de disparaître progressivement, en application d'une volonté politique qui n'a jamais faibli depuis le programme de Tampere de 1999. Le processus est presque achevé en matière civile et commerciale depuis la dernière modification du règlement « Bruxelles I »³¹, complété par de multiples règlements particuliers³². Cette solution est désormais en train de s'étendre peu à peu au droit de la famille.

Certes, dans l'ensemble, le principe en matière d'exécution est bien celui du maintien d'une exigence d'*exequatur* préalable, sous le nom de « demande de déclaration déclarant la force exécutoire »³³. Ce maintien est, le plus souvent, justifié par le caractère sensible du contentieux familial, justifiant le maintien d'une procédure préalable sur le territoire du for d'exécution.

Cette solution, pourtant, est en train d'évoluer. Tout d'abord, le règlement sur les obligations alimentaires³⁴ prévoit un régime de suppression partielle de l'*exequatur*, selon que l'État d'origine est lié ou non par le protocole de La Haye de 2007, qui porte, sur la loi applicable³⁵. Si tel est le cas, sa décision sera exécutoire sur le territoire d'autres États membres, sur le modèle du règlement « Bruxelles 1 bis »³⁶; s'il n'est pas lié, en revanche, l'*exequatur* préalable reste nécessaire³⁷. La solution s'expliquait par la volonté d'assurer le respect de la protection substantielle du créancier d'aliment à l'œuvre dans le Protocole de La Haye³⁸. Il reste que la ratification par l'Union toute entière du protocole a rendu la distinction largement obsolète (seul le Danemark restant à l'écart du fait de son statut particulier³⁹) et fait à peu près entièrement disparaître l'*exequatur* en la matière.

²⁹ Sur les différentes justifications possibles, voy. part. G. CUNIBERTI, « Le fondement de l'effet des jugements étrangers », Rec. Cours. 2018, vol. 394, pp. 101 et s.

³⁰ Ce qui explique, précisément, que son éventuelle disparition puisse susciter de véhémentes protestation, précisément au nom de ce caractère souverain. Voy. V. HEUZE, « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice », *JCP G* 2011, n° 13, 359, p. 602.

³¹ 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, *JO. L* 351, 20.12.2012, p. 1–32

³² Sur ces textes, voy. E. Jeuland, *Droit Processuel Général*, LGDJ, 4^e éd. 2018, spéc. titre 8, pp. 713 et s.

³³ Voy. par exemple, le règlement n° 650/2012 sur les successions, *op. cit.*, articles 43 et suivants, ou régimes matrimoniaux, article 42.

³⁴ Règlement (CE) n° 4/2009, *op. cit.*

³⁵ Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=133>.

³⁶ *Op. cit.*, article 17.

³⁷ *Ibid.*, article 26.

³⁸ B. ANCEL et H. MUIR WATT, « Aliments sans frontières. Le règlement CE n° 4/2009 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 », *Rev. Crit. DIP.* 2010. 457.

³⁹ Voy. l'état des ratifications sur le site internet de la Conférence de La Haye : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=133>.

De même, l'*exequatur* est en train de disparaître en matière de responsabilité parentale. C'est un point important du nouveau règlement « Bruxelles II *ter* »⁴⁰ que d'avoir prévu un régime plus libéral, proche de « Bruxelles I *bis* » : une exécution automatique qui peut simplement être empêchée par une action dans l'État d'exécution. Le règlement consacre une généralisation de l'exécution immédiate et supprime donc l'*exequatur* pour l'ensemble des décisions relatives à la responsabilité parentale⁴¹. C'est une évolution importante qui montre que, même en matière familiale, les choses évoluent et que l'*exequatur* est peu à peu marginalisé.

La solution, enfin, est encore plus impressionnante en matière d'enlèvement international d'enfants. Le règlement « Bruxelles II *ter* » (et déjà le règlement « Bruxelles II *bis* » avant lui) met en effet en place un système d'exécution extrêmement simplifié en matière de décisions portant sur le droit de visite et, surtout, sur les ordonnances de retour. Ces décisions bénéficient d'un régime spécial, sous la forme d'une certification dans l'État d'origine, suivie d'une exécution immédiate renforcée, puisqu'aucun recours n'est possible dans l'État d'exécution.

Le régime applicable aux décisions privilégiées est reconduit : une fois certifiée, l'exécution de la décision privilégiée ne pourra pas être contrecarrée dans l'État requis, hormis si la contestation porte sur la rectification d'une erreur matérielle figurant dans le certificat lui-même⁴², ou pour des raisons d'inconciliabilité avec une autre décision⁴³. C'est déjà très étonnant, puisque le juge d'exécution n'a donc aucun moyen de s'opposer à la décision. Mais, plus encore, le juge de l'État à partir duquel l'enfant a été déplacé peut rendre une ordonnance de retour et cette ordonnance de retour sera exécutoire dans l'État vers lequel l'enfant a été déplacé même si, dans ce dernier État, le retour a été refusé⁴⁴.

C'est une solution très radicale, qui montre à quel point les États ont accepté de sacrifier un pan important de leur souveraineté dans ce contentieux sensible. Il faut en effet comprendre que c'est le seul cas dans lequel une décision étrangère, venant d'un autre État membre, va explicitement prévaloir sur une décision du for. Il est difficile de ne pas être impressionné par la symbolique politique de cette solution, certes très particulière, mais qui montre combien, progressivement, la question de l'espace judiciaire européen évolue, depuis un cloisonnement strict, vers un espace gouverné par des règles uniques permettant l'articulation entre elles des différentes procédures, sans considération excessive pour le phénomène de la frontière.

Cet empilement de procédures et de textes est bien sûr d'une complexité qui est fréquemment dénoncée. Il n'en dessine pas moins un paysage d'ensemble assez cohérent, quoiqu'évolutif, celui d'un territoire procédural unique, en cours de constitution, permettant d'assurer la permanence du statut des personnes et des familles dans toute l'Union.

La continuité du statut personnel et familial fait partie des tous premiers objectifs du droit international privé, indépendamment de la construction politique et institutionnelle de l'Union. Pour autant, une fois rapprochée de l'évolution décrite en matière de liberté de circulation, le droit international privé européen de la famille dessine bien un paysage

⁴⁰ Règlement 2019/1111, 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, JO, 2 juillet 2019, L 178, p. 16, dit Règlement Bruxelles 2 *ter*.

⁴¹ Article 34, §1, du règlement « Bruxelles II *ter* » précité.

⁴² *Ibid.*, article 48.

⁴³ *Ibid.*, article 50.

⁴⁴ *Ibid.*, article 29, §3. Cette procédure, mise en place dans le règlement « Bruxelles II *bis* » a été parfois critiquée et légèrement atténuée par le nouveau règlement « Bruxelles II *ter* ». Sur ce point, voy. S. CORNELOUP et T. KRUGER, « Le règlement 2019/1111, Bruxelles II : la protection des enfants gagne du ter(rain) », *Rev. Crit. DIP.* 2020, n° 2, à paraître, spéc. n° 16.

particulier, qui va pour sa part bien au-delà des seules exigences du droit international privé classique.

Combiner droit international privé et liberté de circulation, c'est faire apparaître un nouveau territoire au centre duquel individu et famille font l'objet d'une protection toute particulière.

2. Quelle famille pour l'Europe ?

La famille, telle que dessinée par l'Union a des contours bien flous. Elle semble composée, avant tout, de liens personnels pris en compte dans le cadre de politiques particulières, visant à assurer la libre circulation des statuts sur le territoire de l'Union. Pourtant, et sans qu'une politique familiale précise ait jamais été réellement envisagée, texte et jurisprudence se rejoignent pour esquisser un véritable portrait de la famille européenne.

Caractéristique première : la famille européenne circule ; et, ce faisant, elle participe aussi au dessin d'un territoire unique de l'Union (2.1). La famille européenne, par ailleurs, n'est pas définie. Faute de droit civil européen, le droit de l'Union n'a rien à dire sur l'adoption ou la validité d'un mariage. Il n'en prend pas moins en compte, avec une grande précision, les liens qui unissent les membres de la famille entre eux, conduisant à mettre l'accent non pas sur la validité juridique des liens de famille, mais bien sur leur réalité sociale. La famille du droit européen n'est pas légale, elle est effective (2.2). Enfin, la famille, envisagée par le droit de l'Union, est une famille intégrée. Elle vise à consolider des liens de sociabilité et de solidarité des membres d'une famille. Ce faisant, le paradoxe d'un droit individualiste se saisissant d'une institution collective, n'est pas entièrement réglé, loin s'en faut ; il n'en est pas moins atténué (2.3).

2.1. Circulation : dessiner un territoire

Vue du droit de l'Union, la famille européenne, c'est une évidence, est une famille qui circule à travers les frontières, même si les logiques à l'œuvre ne sont pas identiques selon les branches du droit considérées. La logique du droit international privé reste en effet, avant tout, une logique de coordination et de rattachement et non pas, explicitement, une logique de circulation. Il reste que l'une et l'autre, désormais, convergent largement.

Du côté de la libre circulation, l'objectif concret de jouissance de droits particuliers a pris une dimension nouvelle et plus abstraite avec l'émergence de la citoyenneté européenne. Il ne s'agit plus de garantir à un citoyen un droit particulier dans un autre État membre (le droit de vote, par exemple), mais plus largement de lui permettre de circuler sans aucune entrave, ce qu'il faut comprendre comme impliquant que le citoyen doit pouvoir circuler avec son régime juridique et, donc, ses liens de famille. D'où la reconnaissance des noms de famille et des mariages aujourd'hui, peut-être des liens de filiation demain.

Du côté du droit international privé, le classicisme des textes adoptés en matière de conflit de lois ne doit pas dissimuler la construction progressive d'un véritable espace juridique commun. Les règles de compétence sont considérablement assouplies et forment une frontière nette entre l'intra- et l'extra-européen ; les règles de circulation des décisions, quant à elles, sont, au fur et à mesure des textes, de plus en plus libérales, au point que les obstacles à la reconnaissance des situations juridiques deviennent de plus en plus aisés à franchir.

Cette évolution a deux conséquences importantes. La première est relative à la géographie de l'Europe elle-même. Il est souvent affirmé que les frontières de l'Europe sont

bien plus fonctionnelles que géographiques, les limites de l'Union étant déterminées en fonction de la règle en cause⁴⁵. L'analyse est certes convaincante, elle ne doit toutefois pas dissimuler que, en matière de circulation des citoyens et de leur famille, le droit de l'Union fait aussi apparaître un territoire qui est à la fois unique et fondé sur une certaine vision de l'identité européenne⁴⁶. Comme l'affirme avec justesse T. MARZAL :

“ *the territorial scope of application of EU law also involves questions of identity, place and belonging*”, “*based on an idea of EU-wide community affiliation*”⁴⁷.

La ligne jurisprudentielle issue de la célèbre décision *Zambrano* confirme spectaculairement cette analyse⁴⁸. Creusant inlassablement ce sillon depuis bientôt dix ans, la Cour de justice a déplacé les frontières entre situations internes et situations européennes en faisant du risque de l'éloignement du territoire de l'Union et de la séparation des familles un motif autonome de droit au séjour, directement fondé sur les dispositions du traité, voire même de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁹.

La seconde conséquence de cette évolution est relative à la protection elle-même des personnes et des liens familiaux. L'évolution des règles de liberté de circulation des personnes et des statuts va au-delà des seules considérations relatives à l'entrée et au séjour. En exigeant la circulation des personnes dans leur statut, l'exigence est bien plus profonde et vise à consacrer et à protéger l'identité même du citoyen européen⁵⁰. Cette identité, englobée par le très généreux terme de « statut », comprend les liens familiaux⁵¹. A nouveau, cette évolution doit être rapprochée de celle qui a arasé les obstacles en matière de libre circulation des décisions par suppression progressive de l'*exequatur* et assouplissement des conditions de reconnaissance. Désormais, le territoire de l'Union est un territoire unique sur lequel les familles peuvent circuler et dans lequel les liens familiaux seront reconnus presque sans intervention de l'État d'accueil. La perspective n'est pas encore explicitement fédérale, elle s'en rapproche néanmoins nettement.

Reste à déterminer de quelle famille il s'agit.

2.2. Effectivité : consacrer des liens d'affection et de sociabilité

Les textes de droit de l'Union, on l'a dit, ne définissent pas juridiquement la famille. Au mieux, ils la décrivent, en renvoyant occasionnellement au droit national⁵².

⁴⁵ E. DUBOUT, « Être ou ne pas être (du droit) ? Effectivité et champ d'application du droit de l'Union européenne », in : A. BOUVERESSE et D. RITLÉNG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2018, p. 87.

⁴⁶ Sur ce point, voy. T. MARZAL, « From world actor to local community : territoriality and the scope of application of EU law », à paraître in L. AZOULAI (ed.), *European Law and Forms of life. Madness or Malaise ?*, Hart pub., 2020 ; plus largement, voy. aussi H. VERSCHUEREN, *Residence, employment and social rights of mobile persons : on how EU law defines where they belong*, Intersentia, 2016.

⁴⁷ *Op. cit.*, conclusion.

⁴⁸ CJUE, Gde Chambre, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, C 34/09, EU:C:2011:124.

⁴⁹ CJUE, Gde Chambre, 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez e.a.*, C-133/15, EU:C:2017:354 ; sur cette analyse de la Charte comme clé d'entrée dans le droit de l'Union, voy. part. J.-Y. CARLIER et G. RENAUDIÈRE, « Chronique Libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *Journal de droit européen*, 2018. 141.

⁵⁰ Sur ce raisonnement, voy. part. les profondes analyses d'A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2009, vol. 341, p. 282 et s. Dans un sens proche, voy. S. FRANCO, « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ? », in H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 111.

⁵¹ En ce sens, voy. aussi E. CORNUT, « Qu'est-ce qui circule ? La notion de statut personnel », in H. FULCHIRON (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2019, p. 29.

⁵² Renvoi au droit national qui est en revanche plus systématique dans les règlements de droit international privé. Voy. par exemple l'article 1 du règlement « Successions » ou le considérant n° 10 du règlement Rome 3.

Ainsi, par exemple, de la directive 2004/38 qui vise, comme on le sait, les citoyens européens et leur famille⁵³. Pour définir cette dernière, l'article 2 pose un certain nombre de règles, dont il ressort, en substance, que ce qui est appelé « famille » est composée du conjoint (article 2-2-a), du partenaire au sens du droit d'un État membre (article 2-2-b), des descendants directs à charge du couple, du conjoint ou du partenaire de moins de 21 ans (2-2-c) ou des ascendants du couple, du conjoint ou du partenaire (2-2-d). La *ratio legis* est relativement claire, au sens où ce qui est visé est bien ici la famille nucléaire, composé d'un couple, d'enfants et éventuellement de parents. Mais une définition aussi vague ne remplit nullement son office et ne saurait satisfaire le juriste. Elle est impropre à décrire son objet même, ni dans sa réalité sociale, tant les familles aujourd'hui sont plus complexes que ce qui transparaît de l'article 2, ni dans sa réalité juridique, les liens de familles étant aussi des liens juridiques et, à ce titre, tributaires de règles particulières de droit de la famille, nécessairement nationales.

Aussi la Cour de justice doit-elle, régulièrement, confronter cette définition, ou d'autres, contenues dans divers instruments de même importance, à la réalité des situations familiales, dans lesquelles sont inextricablement liés liens d'affection et liens de droit. Incontestablement, la Cour de justice, par petites touches, choisit les premiers. Pour ce faire, elle utilise notamment la méthode habituelle des notions autonomes, puisqu'elle refuse, depuis quelques temps, de renvoyer au droit national, lorsqu'il s'agit de définir le périmètre des familles⁵⁴. Il reste qu'il ne suffit pas d'affirmer cette autonomie : les situations familiales sont des situations de droit qui supposent nécessairement la sanction d'une règle étatique pour être valablement constituées. Un mariage, un lien de filiation, n'existent pas uniquement par la grâce d'un lien de cohabitation ou d'affection. Ils existent parce que le droit civil le dit. Aussi, derrière l'autonomie revendiquée, faut-il voir en réalité une règle extrêmement libérale, fondée sur l'effectivité de la situation, dès lors qu'elle est sanctionnée par une loi civile quelconque.

De nombreux exemples en témoignent, on en retiendra deux.

Le premier est celui, déjà rencontré, de l'arrêt *Coman*⁵⁵. La difficulté venait de ce que M. Coman, régulièrement marié en droit belge, ne l'était nullement en droit roumain qui ne reconnaît aucune validité au mariage entre personnes de même sexe. Aux yeux de l'ordre juridique roumain, donc, l'absence de mariage valable justifiait que l'époux de M. Coman ne soit pas qualifié de « conjoint » au sens du droit des libertés de circulation. La Cour de justice a contourné l'obstacle en s'appuyant sur son raisonnement habituel en matière de citoyenneté. Elle a simplement exigé, d'une part, que le mariage soit conclu « conformément au droit » de l'État membre de célébration⁵⁶ et, d'autre part, subordonné la reconnaissance à un séjour « effectif » de l'intéressé⁵⁷. La référence au « droit » est ici extrêmement peu claire. La Cour de justice estime que le terme « conjoint », utilisé dans la directive 2004/38, est neutre et ne comporte, à la différence de la disposition relative au partenariat, aucun renvoi au droit national. De ce fait, il lui paraît inacceptable que l'étendue des droits de séjour dépende de la loi nationale et de l'acceptation ou non du mariage entre personnes de même sexe par l'État d'accueil⁵⁸.

⁵³ Dans le même sens, voy. par exemple, en matière de sécurité sociale, l'article 1 du règlement 883/2004, *op. cit.*, ou, en matière de droit du travail, l'article 3 de la récente directive (UE) 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE du Conseil, *JO*, 12 juillet 2019, L 188, p. 79.

⁵⁴ Voy. not. CJUE, 21 décembre 2011, *Ziolkowski et Szeja*, C-424/10 et C-425/10, EU:C:2011:866

⁵⁵ CJUE, Grande Chambre, 5 juin 2018, *Coman e. a.*, C-673/16, EU:C/2018:385.

⁵⁶ *Ibid.*, point 35.

⁵⁷ *Ibid.*, point 40.

⁵⁸ *Ibidem.*

L'argument, pourtant, est bien peu convaincant. Un mariage n'est pas qu'une situation de fait et affirmer l'autonomie européenne de la définition de conjoint ne suffit pas à découvrir un mariage dans toute situation. Le « droit » auquel la Cour de justice renvoie ne peut donc être le droit de l'Union. Aussi la Cour est-elle bien contrainte de renvoyer au droit belge, du lieu de célébration du mariage. Faut-il en déduire que, malgré l'autonomie revendiquée de la définition du terme « conjoint », la Cour de justice a entendu élaborer une règle de conflit de lois en matière de mariage ? Sans doute pas. L'ambition de la Cour n'est certainement pas de bâtir un nouveau régime de conflit de lois. En réalité, ce qui compte ici, bien plus que l'application d'une règle de droit particulière, c'est que la solution soit, d'une part, conforme à une loi quelconque avec laquelle la situation présente un lien réel et, d'autre part, qu'elle existe réellement en ce sens que le couple est bien uni par les liens d'affection, traduits par la cohabitation, auquel il faut en principe s'attendre en matière de mariage⁵⁹.

Dès lors, la circulation de la famille est à la fois libérale et détachée des exigences rigoureuses du droit civil comme du droit international privé étatique⁶⁰. On en revient à la circulation dans le statut : ce qui compte ici est que la situation constituée dans un État membre et effective puisse être reconnue dans tous les autres États membres.

Le deuxième exemple, tout aussi frappant, est celui de l'arrêt *SM*⁶¹ qui témoigne également d'une protection des liens familiaux fondée sur leur effectivité, beaucoup plus que sur leur réalité juridique.

L'affaire concernait un couple de Français, marié et vivant au Royaume-Uni en 2001. Ceux-ci se rendirent ensuite en Algérie pour recueillir un enfant par le biais de la procédure de *Kafala*, qui fut accordée en 2011. Le mari retourna ensuite en Grande Bretagne, où il jouit d'un droit de séjour permanent. L'enfant introduit en 2012 une demande de permis d'entrée au Royaume-Uni, rejetée par l'agent compétent en l'absence de lien de filiation entre l'enfant et le couple. Dans la mesure où, dit l'agent, l'enfant n'est pas un « descendant direct » des époux au sens de l'article 2, §2, de la directive 2004/38, il ne dispose pas d'un droit automatique à l'entrée et au séjour en tant que membre de la famille au sens de cette disposition.

Cette décision ayant été contestée par les intéressés, l'affaire est montée jusqu'à la Cour suprême britannique qui a saisi la Cour de justice d'une demande d'interprétation. En substance, la juridiction britannique interroge la Cour sur le point de savoir si la *Kafala* crée un lien de famille au sens de la directive. La réponse de la Cour de justice est longue, circonstanciée et favorable aux intéressés. Surtout, elle se prononce résolument en faveur d'une interprétation autonome et indépendante des droits nationaux. Pour la Cour de justice, l'absence de renvoi au droit des États membres doit conduire à considérer que la notion de « descendant direct » doit faire l'objet d'une interprétation autonome⁶². En application de celle-ci, la Cour estime que le descendant direct doit recouvrir tout lien de filiation, biologique ou juridique, mais pas le lien de *Kafala*, qui s'apparente à une tutelle⁶³. Le raisonnement, on le voit, est le même que dans l'arrêt *Coman*, même si c'est, en l'espèce, pour parvenir à une solution inverse. Il souffre donc exactement du même défaut, qui est d'occulter la question fondamentale de la validité du lien de famille. Dès que le lien de famille est lui-même discutable (par exemple en cas de contestation de la filiation) ou qu'il fait l'objet d'appréciations divergentes selon les États membres (mariage polygamique,

⁵⁹ Pour une discussion de la condition de cohabitation, voy. récemment CJUE, 27 février 2020, *Subdelegacion del Gobierno en Ciudad Real*, C-836/18, EU:C:2020:119.

⁶⁰ Dans le même sens, voy. CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, C-541/15, EU:C:2017:432 qui lui aussi exige un lien raisonnable entre la situation et le pays de sa constitution.

⁶¹ CJUE, Gde Chambre, 26 mars 2019, *SM*, C-129/18, EU:C:2019:248.

⁶² *Ibid.*, point 50.

⁶³ *Ibid.*, point 54.

mariage entre personnes de même sexe, GPA...), la solution de la Cour de justice ne résout en réalité strictement rien et ne fait que déplacer la difficulté.

L'approche est certes pragmatique et dans la tradition fonctionnaliste de la Cour de justice. Surtout, elle donne à la Cour l'occasion de faire preuve d'ouverture et de libéralisme, sous l'égide de la protection des droits fondamentaux. Cette solution est particulièrement bienvenue lorsque, comme en l'espèce, les membres de la famille ne bénéficient pas d'un droit automatique au séjour. Pour la Cour, en effet, bien que l'enfant ne soit pas un descendant direct au sens de la directive, il n'en est pas moins un « autre membre de la famille », au sens de l'article 3, §2, de la directive⁶⁴. Selon elle :

« Les termes employés dans ladite disposition sont ainsi de nature à couvrir la situation d'un enfant qui a été placé, auprès de citoyens de l'Union, sous un régime de tutelle légale tel que la *Kafala* algérienne, et dont ces citoyens assument l'entretien, l'éducation et la protection, en vertu d'un engagement pris sur le fondement du droit du pays d'origine de l'enfant »⁶⁵.

A cet égard, la référence à la loi algérienne ne doit probablement pas tromper. Il ne s'agit pas tant de considérer que celle-ci est applicable, que de simplement constater qu'elle l'a effectivement été, en ce sens que l'engagement du couple a été réalisé sous son égide. Dès lors, sans doute ne faut-il pas y voir une vérification des conditions de validité de l'engagement, mais plutôt la preuve de la réalité du lien de famille.

A nouveau, c'est l'effectivité qui est au cœur du raisonnement : si le lien de famille doit être protégé, ce n'est pas en raison de sa validité intrinsèque, mais parce qu'il recouvre une réalité sociale qui doit être protégée pour elle-même. Ce qui est ici garanti par le biais du droit au séjour, c'est « l'entretien, l'éducation et la protection » de l'enfant ; plus largement, ce sont ses droits fondamentaux, explicitement invoqués⁶⁶. Par glissement progressif, on en arrive à une vision finalement à la fois libérale et protectrice des droits fondamentaux de la famille, du point de vue, d'ailleurs, de la substance comme de la procédure⁶⁷. Ainsi, une loi qui réserve aux enfants du travailleur, à l'exclusion des enfants du conjoint de celui-ci, le bénéfice d'une prestation sociale, doit-elle être déclarée contraire au droit de l'Union⁶⁸. A nouveau, ce qui est protégé ici n'est pas le lien juridique et abstrait de famille, mais bien le lien concret d'affection et de socialisation⁶⁹.

Ces liens sont donc protégés du fait de leur existence réelle et effective. Cette justification permet de marquer à la fois le fondement et la limite de la solution de la Cour de justice, puisque le manque d'effectivité permettra aussi de refuser la circulation de solution

⁶⁴ Pour une critique de cette approche fonctionnaliste, voy. la note de P. HAMMJE sous l'arrêt SM *précité*, *Rev. Crit.* 2019. 768, spéc. p. 779.

⁶⁵ Arrêt SM, *op.cit.* point 59.

⁶⁶ (n° 71) ; la solution est d'ailleurs explicitement placée sous l'égide des solutions de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a bien fait du lien de *kafala* un lien familial à protéger au titre de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après, « la CEDH »), Cour EDH, 4 octobre 2012, *Harroudj c. France* et Cour EDH, 16 décembre 2014, *Chbihi Loudoudi c. Belgique* ; voy. encore, dans le cadre de la directive regroupement familial, CJUE, 13 mars 2019, *E.*, C-635/17, EU:C:2019:192

qui affirme lui aussi la nécessité de vérifier la réalité des liens de famille.

⁶⁷ Pour la protection des droits procéduraux fondamentaux, notamment dans le cadre des procédures d'éloignement, voy. par ex. CJUE, 4 juillet 2013, *ZZ*, C-300/11, EU:C:2013:363 ; CJUE, 12 juillet 2018, *Rozanne Banger*, C-89/17, EU:C:2018:570.

⁶⁸ CJUE, 2 avril 2020, *Caisse pour l'avenir des enfants*, C-802/18, EU:C:2020:269.

⁶⁹ Dans un sens proche, voy. L. AZOULAI, « Le droit européen de l'immigration, une analyse existentielle », *RTDE* 2018. 519,

qui ne correspondrait pas à une réalité vécue. Contrairement à un reproche fréquent fait à la Cour, dès lors, peut-être la lutte contre la fraude n'est-elle pas totalement désarmée⁷⁰.

Par ailleurs, cette analyse doit à nouveau être rapprochée de l'évolution des règles en matière de circulation des décisions en matière familiale. Incontestablement, en effet, le mouvement est identique. Désarmer progressivement les contrôles dans l'État d'accueil, par la suppression de l'*exequatur* et par l'allègement progressif des conditions de reconnaissance et d'exécution, c'est aussi, en dernière analyse, faire prévaloir une solution libérale et protectrice des situations constituées.

Plus encore, il peut être soutenu qu'une telle solution a un impact important en matière de droit substantiel de la famille. Faciliter la reconnaissance, des décisions comme des situations, c'est favoriser le rapprochement des droits, dans un sens de libéralisation, puisqu'il devient plus aisé d'obtenir dans un autre État, ce qu'il était difficile d'obtenir dans le sien. La remarque avait été justement faite à propos du divorce⁷¹, et est encore aujourd'hui renforcée par l'introduction, dans le récent règlement « Bruxelles II *ter* », de dispositions spécifiques à la circulation de divorces privés⁷². Il est incontestable que la combinaison de critères de compétence large et de la libéralisation de la circulation des jugements de divorce a rendu presque illusoire la prohibition du divorce dans l'Union. Aussi celui-ci est-il aujourd'hui connu, même si c'est sous des formes plus ou moins libérales, de tous les États membres.

La même discussion est en cours à propos de la réserve héréditaire, après le règlement « Successions »⁷³, ou du statut des couples de même sexe, après les règlements « Rome III »⁷⁴ et « Régimes matrimoniaux »⁷⁵ et, bien sûr, la jurisprudence européenne. L'ampleur exacte de l'influence européenne reste à quantifier ; son existence, en revanche, semble peu contestable. Dès lors, et malgré l'absence de compétence de l'Union en matière de droit de la famille, il y a bien sinon l'émergence d'un droit substantiel et européen de la famille, en tout cas une convergence incontestable des systèmes, insufflée par les mécanismes de reconnaissance et de coordination des situations établies.

On a pu critiquer cette approche, en parlant de « politique du fait accompli », porte ouverte à la fraude⁷⁶. Il est pourtant possible, à l'inverse, de considérer que cette accent mis sur l'effectivité des situations et la protection des droits fondamentaux, plus qu'une incitation à une fraude bien introuvable⁷⁷, témoigne plutôt que ce sont les rapports humains et non les seuls rapports juridiques qui fondent l'intégration sociale des personnes dans l'Union, objectif fondamental de toute cette construction jurisprudentielle.

2.3. Intégration : liens sociaux et solidarité

⁷⁰ D. SINDRES, « Requiem pour la fraude ? », in H. FULCHIRON (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2019. 269.

⁷¹ B. ANCEL et H. MUIR WATT, « La désunion européenne : le règlement dit 'Bruxelles 2' », *Rev. Crit.* 2001. 403.

⁷² Règlement 2009/1111 *précité*, articles 64 et s.

⁷³ Règlement 650/2012, *précité*.

⁷⁴ Règlement 1259/2010, *précité*.

⁷⁵ Règlement 2016/1103, *précité*.

⁷⁶ Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *Rec. Cours* 2017. t. 387, spéc. pp. 594 et s. ; dans un sens proche, voy. aussi D. SINDRES, « Requiem pour la fraude ? », in H. FULCHIRON (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2019. 269.

⁷⁷ Et susceptible, à l'occasion, de remettre en cause le droit au séjour, voy. par ex. CJUE, 14 mars 2019, *Y. Z e.a.*, C-557/17, EU:C:2019:203

L'intégration est, sans aucun conteste, au cœur de la construction européenne en matière de libre circulation⁷⁸. Invoquée dans presque tous les arrêts de la Cour de justice en la matière, cette intégration joue trois rôles principaux : servir de condition d'accès à certains droits, constituer l'objectif de la mise en œuvre de certains droits, déclencher l'applicabilité même du droit de l'Union⁷⁹.

Il reste que, difficile à définir, l'intégration est encore plus difficile à mesurer. Aussi donne-t-elle lieu à une jurisprudence aussi abondante que complexe, très nuancée et pour tout dire, difficile à systématiser. L'intensité de l'intégration résultant, du fait même de l'interprétation de la Cour de justice, de critères à la fois quantitatifs et qualitatifs, celle-ci donne nécessairement lieu à d'importantes divergences de vues et nuances d'interprétations. La complexité est d'autant plus grande que les situations visées concernent nécessairement des personnes dont le lien avec le territoire de l'Union ou d'un État membre particulier est susceptible d'être discuté. Les citoyens européens pourront ainsi se voir refuser un avantage social quelconque en raison de la faiblesse du lien avec l'État dont ils entendent invoquer une prestation⁸⁰. Les ressortissants extra-européens, pour leur part, devront faire valoir l'intensité de leur lien pour pouvoir obtenir un titre de séjour fondé sur le droit de l'Union⁸¹. Dans tous ces cas, c'est bien, sous le nom d'intégration, la qualité de ce lien que la Cour de justice est amenée à scruter avec une extrême attention.

Or, au cœur de cette intégration, figure précisément la famille. C'est pour ne pas être obligé de séparer un père de ses enfants que la Cour de justice a inventé un nouveau champ d'application au droit de l'Union dans l'affaire *Zambrano* ; c'est en raison du lien de dépendance entre un père et son beau-fils que l'octroi d'un avantage social s'impose malgré l'absence de lien de filiation⁸². Ce lien de dépendance, au cœur de nombreux arrêts n'est pas uniquement financier, il est aussi social et, à ce titre, explicitement placé sous l'empire des droits fondamentaux, comme l'a affirmé avec force l'arrêt *Chavez-Vilchez*⁸³. La famille est donc bien au cœur de la politique de libre circulation, au point d'ailleurs qu'il est aujourd'hui permis de s'interroger, par un retournement paradoxal, sur l'éventuelle instrumentalisation du droit des libertés de circulation dans un but de protection de la famille et de ses droits fondamentaux⁸⁴.

Il reste qu'à ce titre, l'intégration familiale est aussi une réponse à une critique récurrente qui est faite à la Cour de justice en matière de citoyenneté : celle de ne conduire qu'à un amas de droits, sans liens systématiques entre eux et insusceptibles, en eux-mêmes, de conduire à une société cohérente et harmonieuse. La critique est fréquente et vigoureuse, au point d'ailleurs que l'on a pu parler de « tournant critique » dans l'analyse du droit et,

⁷⁸ S. BARBOU DES PLACES, « Le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », *Revue des Affaires Européennes*, 2013/4, p. 689

⁷⁹ S. BARBOU DES PLACES, « The integrated Person in EU law », in L. AZOULAI et al. (dir.), *Constructing the person in EU Law*, Bloomsbury, 2016, p. 179.

⁸⁰ Voy. par exemple, les importantes discussions jurisprudentielles que suscitent, au Luxembourg, les avantages revendiqués par les familles des travailleurs frontaliers et notamment les bourses d'étude. En dernier lieu : CJUE, 10 juillet 2019, *Aubriet*, C-410/18, EU:C:2019:582

⁸¹ Parmi, là encore, une jurisprudence pléthorique, voy. récemment CJUE, 27 février 2020, *Subdelegacion del Gobierno en Ciudad Real*, C-836/18, EU:C:2020:119.

⁸² CJUE, 2 avril 2020, *Caisse pour l'avenir des enfants*, C-802/18, EU:C:2020:269.

⁸³ CJUE, Gde Chambre, 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez e.a.*, C-133/15, EU:C:2017:354.

⁸⁴ Voy. V. REVEILLERE, note sous CJUE, 12 juillet 2018, *Rozanne Banger*, C-89/17, EU:C:2018:570, *Rev. Crit.* 2019. 958, spéc. p. 971 : « Il est loisible de considérer, au contraire, que ce sont les libertés de circulation qui sont instrumentalisées dans un but de protection de la vie familiale du citoyen ». Plus largement, du même auteur, voy. *Le juge et le travail des concepts juridiques. Le cas de la citoyenneté de l'Union européenne*, Ed. Varenne, 2018.

singulièrement, de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de citoyenneté⁸⁵, qui suscite une vive discussion dans la littérature juridique européenne⁸⁶.

Deux axes principaux de cette critique peuvent être identifiés. Le premier vise à souligner que les origines économiques des libertés de circulation ne sont toujours pas totalement oubliées aujourd'hui, malgré la citoyenneté européenne et l'importance prise progressivement par les droits fondamentaux. C'est ainsi, par exemple, que l'étude concrète des mécanismes de solidarité à l'œuvre dans cette citoyenneté conduit parfois à contester que cette « citoyenneté de marché » soit effectivement productrice de justice sociale⁸⁷. Le second axe, plus radical, vise à contester le principe même de l'approche de la Cour de justice, en termes de droits subjectifs. Comment, en effet, instituer une communauté, celle des citoyens européens, par l'addition purement fonctionnaliste de droits essentiellement pensés à partir des règles du marché ? Comme on a pu l'affirmer, « à force de réduire les droits de la citoyenneté à un amas de droits individuels, on s'interdit d'identifier les enjeux collectifs qui surgissent nécessairement du fait même de l'invocation du concept de citoyenneté »⁸⁸.

Les critiques sont sérieuses et profondes. Pourtant, l'importance progressive prise par les liens familiaux dans l'évaluation de la qualité de l'intégration permet peut-être de les nuancer un peu, et de constater que, malgré ses racines économiques et son individualisme, le droit de l'Union n'est pas indifférent à ce collectif singulier que constitue la famille⁸⁹. En témoigne encore récemment la position de la Cour de justice, confrontée à la condition, ô combien discutée, de ressources. L'arrêt *Dano*⁹⁰ avait, en son temps, ouvert un chapitre jurisprudentiel laissant entendre que la condition de ressources, auparavant fréquemment minorée par la Cour de justice⁹¹, prenait désormais une place déterminante comme condition de régularité du droit au séjour. Cette analyse pourrait pourtant être désormais nuancée, précisément pour tenir compte des liens de famille et tout particulièrement du lien de dépendance entre les différents membres de la famille⁹².

Comme l'affirme en effet la Cour dans l'arrêt *Subdelegacion del Gobierno en Ciudad Real*, l'appréciation d'une exception au droit au séjour doit « tenir compte, notamment, du droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est énoncé à l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [...] ainsi que, de manière plus générale, du principe de proportionnalité, en tant que principe général du droit de l'Union »⁹³.

Dès lors :

« lorsqu'il existe une relation de dépendance [...] entre un citoyen de l'Union et le ressortissant d'un pays tiers, membre de sa famille, l'article 20 TFUE s'oppose à ce qu'un État membre prévoie une exception au droit de séjour dérivé que cet article

⁸⁵ Editorial Comments, "The Critical Turn in EU Legal Studies" (2015) 52 *CML Rev* 881.

⁸⁶ Pour une discussion d'ensemble, voy. D. KOCHENOV (dir.), *EU Citizenship and Federalism*, Cambridge UP, 2017.

⁸⁷ C. O'BRIEN, *Unity in adversity – EU citizenship, social justice and the cautionary tale of the UK*, Hart pub. 2017.

⁸⁸ J. BARROCHE, « La citoyenneté européenne victime de ses propres contradictions : de la nationalité étatique à la rationalité économique », *Jus Politicum* n° 19, 2018, p. 179, spéc. p. 183, disponible en ligne : sur juspoliticum.com ; voy. aussi sur ce débat, L. AZOULAI et al. (dir.), *Constructing the person in EU Law - Rights, Roles, Identities*, Hart Pub. 2016.

⁸⁹ Sur ce point, voy. déjà L. AZOULAI, « The European Individual as Part of collective entities (Market, Family, Society) », in L. AZOULAI et al. (dir.), *Constructing the person*, précité, p. 203.

⁹⁰ CJUE, Gde Chambre, 11 novembre 2014, *Dano*, C-333/13, EU:C:2014:2358.

⁹¹ CJUE, Gde Chambre, 7 septembre 2004, *Trojani*, C-456/02, EU:C:2004:488.

⁹² CJUE, 27 février 2020, *Subdelegacion del Gobierno en Ciudad Real*, C-836/18, EU:C:2020:119

⁹³ *Ibid.*, point 47

reconnait à ce ressortissant d'un pays tiers, au seul motif que ledit citoyen de l'Union ne dispose pas de ressources suffisantes »⁹⁴.

L'affirmation est d'importance et témoigne, une fois encore, de l'importance dans la jurisprudence de la solidarité intra-familiale. Vecteur fondamental d'intégration, la famille est encore un lieu d'épanouissement, dont l'impact sur le séjour ne saurait être mesuré à la seule aune économique. A lui seul, la force du lien familial semble donc faire sinon céder en tout cas nettement plier une condition de ressources qui semblait ailleurs si inflexible.

Et ce qui est vrai de la condition de ressources l'est aussi pour apprécier le principe même de la relation de dépendance. Comme l'affirme ailleurs la Cour de justice :

« la circonstance que l'autre parent, citoyen de l'Union, est réellement capable de et prêt à assumer seul la charge quotidienne et effective de l'enfant constitue un élément pertinent, mais qui n'est pas à lui seul suffisant pour pouvoir constater qu'il n'existe pas, entre le parent ressortissant d'un pays tiers et l'enfant, une relation de dépendance telle que ce dernier serait contraint de quitter le territoire de l'Union si un droit de séjour était refusé à ce ressortissant d'un pays tiers. En effet, une telle constatation doit être fondée sur la prise en compte, dans l'intérêt supérieur de l'enfant concerné, de l'ensemble des circonstances de l'espèce, notamment de son âge, de son développement physique et émotionnel, du degré de sa relation affective tant avec le parent citoyen de l'Union qu'avec le parent ressortissant d'un pays tiers, ainsi que du risque que la séparation d'avec ce dernier engendrerait pour l'équilibre de cet enfant »⁹⁵.

On est loin ici, on le voit, de la seule citoyenneté de marché comme d'une analyse qui serait purement centrée sur les droits individuels. C'est bien la considération des liens de famille qui est au cœur de l'évaluation de l'intégration, à la fois condition et objectif des droits garantis par l'Union.

C'est alors peut-être par la famille qu'arrive pas à pas, un dépassement, encore discret et fragile, de la logique économique comme de celle des droits.

⁹⁴ *Ibid.* point 48.

⁹⁵ CJUE, Gde Chambre, 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez e.a.*, C-133/15, EU:C:2017:354, n° 71.