



HAL
open science

Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement

Angélique Bersolle Thurillet-Bersolle

► **To cite this version:**

Angélique Bersolle Thurillet-Bersolle. Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement. Droit. Université de Bourgogne, 2011. Français. NNT : 2011DI-JOD005 . tel-00697011

HAL Id: tel-00697011

<https://theses.hal.science/tel-00697011>

Submitted on 14 May 2012

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.

UNIVERSITÉ DE BOURGOGNE
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

DROITS EUROPÉENS ET DROIT DE LA FAMILLE :
CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DE LA DYNAMIQUE
DU RAPPROCHEMENT

Thèse
pour l'obtention du grade de
DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BOURGOGNE
Présentée et soutenue publiquement le 5 décembre 2011 par
Angélique THURILLET-BERSOLLE

Directeurs de recherche :

- Monsieur Cyril NOURISSAT
Professeur à l'Université Jean Moulin-Lyon III
- Monsieur Vincent BONNET
Maître de conférences à l'Université de Bourgogne

Jury :

- Madame Adeline GOUTTENOIRE
Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, rapporteur
- Madame Hélène PÉROZ
Professeur à l'Université de Nantes, rapporteur
- Monsieur Hugues FULCHIRON
Professeur à l'Université Jean Moulin-Lyon III
- Monsieur Hubert BOSSE-PLATIÈRE
Professeur à l'Université de Bourgogne

À David et Noah,

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

Liste des principales abréviations

- <i>A.F.D.I.</i>	Annuaire français de droit international
- <i>A.J.D.A.</i>	Actualité juridique droit administratif
- <i>AJ fam.</i>	Actualité juridique famille
- <i>Ann.Dr.Louvain</i>	Annales de droit de Louvain
- APCE	Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe
- <i>Arch. phil. droit</i>	Archives de philosophie du droit
- AS/SOC	Commission des questions sociales, de la santé et de la famille
- B.O.	Bulletin officiel
- <i>Cah. dr. eur.</i>	Cahier de droit européen
- Cass.	Cour de cassation
- CDCS	Comité européen pour la cohésion sociale
- CDCJ	Comité européen de coopération juridique
- CDEG	Comité directeur pour l'égalité entre les femmes et les hommes
- CE	Communauté européenne
- CECA	Communauté économique du charbon et de l'acier
- CEE	Communauté économique européenne
- CEEA	Communauté européenne de l'énergie atomique
- CEFL	Commission de droit européen de la famille
- CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
- CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
- CJ-FA	Comité d'experts sur le droit de la famille
- CJ-S-CH	Groupe de spécialistes sur une justice adaptée aux enfants
- CLE	Conseil de l'Europe
- CM	Comité des Ministres
- <i>C.M.L.R.</i>	Common Market Law Review
- Cons. état	Conseil d'état
- Cons. Const.	Conseil constitutionnel
- Conv.ESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
- Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
- CS-SPFC	Comité d'experts sur les politiques sociales pour les familles et les enfants
- <i>Defr.</i>	Répertoire Defrénois
- <i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
- <i>Dr. fam.</i>	Droit de la famille
- EG-S-SM	Groupe de spécialistes sur les normes et mécanismes d'égalité entre les femmes et les hommes
- <i>E.L.J.</i>	European Law Journal
- <i>E.L.Rev.</i>	European Law Review
- <i>E.R.P.L.</i>	European review of private law
- <i>G.P.</i>	Gazette du Palais
- <i>I.C.L.Q.</i>	International and comparative Law Quarterly
- <i>Info. Soc.</i>	Informations sociales
- <i>JCP</i>	Jurisclasseur périodique
- J.O.	Journal officiel

- <i>J.T.</i>	Journal des Tribunaux
- <i>L'Obs. de Brux.</i>	L'Observateur de Bruxelles
- <i>LPA</i>	Petites Affiches
- <i>R.A.E.</i>	Revue des affaires européennes
- <i>R.B.D.I.</i>	Revue belge de droit international
- <i>R.C.A.D.I.</i>	Recueil des cours de l'Académie de droit international
- <i>R.C.D.I.P.</i>	Revue critique de droit international privé
- <i>R.D.C.</i>	Revue de droit canonique
- <i>R.D.S.S.</i>	Revue de droit sanitaire et social
- <i>R.D.U.</i>	Revue de droit uniforme
- <i>Rev. dr. UE</i>	Revue de droit de l'Union européenne
- <i>Rev. Dr. ULB</i>	Revue de droit de l'Université libre de Bruxelles
- <i>Rev. Sc. Soc.</i>	Revue des Sciences Sociales de la France de l'Est
- <i>R.F.D.A.</i>	Revue française de droit administratif
- <i>R.I.D.C.</i>	Revue internationale de droit comparé
- <i>R.I.E.J.</i>	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
- <i>R.J.P.F.</i>	Revue juridique Personnes et famille
- <i>R.J.T.</i>	Revue juridique Thémis
- <i>R.L.D.C.</i>	Revue Lamy de droit civil
- <i>R.L.P.C.</i>	Revue Lamy de procédures communautaires
- <i>R.M.C.U.E.</i>	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
- <i>R.T.D. civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
- <i>R.T.D. eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
- <i>R.T.D. fam.</i>	Revue trimestrielle de droit familial
- STE et STCE	Série des traités du Conseil de l'Europe
- <i>T.C.F.D.I.P.</i>	Travaux du Comité français de droit international privé
- TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
- TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
- UE	Union européenne

SOMMAIRE

Introduction générale

PREMIÈRE PARTIE

LES FIGURES DIVERSES DU RAPPROCHEMENT

TITRE 1

LE DIALOGUE ENTRE LES DEUX ORDRES JURIDIQUES EUROPÉENS SUPRANATIONAUX

Chapitre 1

La concurrence des ordres juridiques européens supranationaux

Chapitre 2

La coexistence harmonieuse des ordres juridiques européens supranationaux

TITRE 2

LE DIALOGUE ENTRE LES DIVERS ORDRES JURIDIQUES EUROPÉENS

Chapitre 1

L'influence des droits européens supranationaux sur les droits nationaux de la famille

Chapitre 2

L'influence des ordres juridiques nationaux sur les divers ordres juridiques européens

SECONDE PARTIE

LA PORTÉE VARIABLE DU RAPPROCHEMENT

TITRE 1

LA COORDINATION DES ORDRES JURIDIQUES EUROPÉENS EN DROIT DE LA FAMILLE

Chapitre 1

La communautarisation formelle du droit international privé de la famille

Chapitre 2

La communautarisation matérielle du droit international privé de la famille

TITRE 2

L'HARMONISATION DES ORDRES JURIDIQUES EUROPÉENS EN DROIT DE LA FAMILLE

Chapitre 1

L'individualisme du droit de la famille européen contemporain

Chapitre 2

Le pluralisme du droit de la famille européen contemporain

Conclusion générale

Introduction générale

« Famille – Les savants d’il y a cent ans se demandaient
d’où elle venait ; ceux d’aujourd’hui se demandent plutôt où elle va ».

J. Carbonnier¹.

1. A l’heure où l’on parle de mondialisation² et de crise de la famille³, la question des origines du droit de la famille et du sens de son évolution demeure plus que jamais d’actualité. Nombreux sont les auteurs qui s’interrogent sur l’avenir du droit de la famille. Certains évoquent un devenir incertain⁴ et décadent⁵, d’autres y voient un « voyage sans destination »⁶. Il est vrai qu’en droit de la famille la profusion des réformes dans le temps est assez saisissante. Depuis 1985, pas moins de vingt-trois textes sont venus modifier le droit français de la famille. Aucune autre branche du droit civil n’a été si profondément remaniée. La matière illustre ainsi parfaitement ce que le doyen Carbonnier appelait le « flexible droit ». Cette inflation législative en droit de la famille est une caractéristique commune aux Etats européens, le Royaume-Uni y compris. Elle résulte de plusieurs facteurs : le renouvellement

¹ J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 2001, 10^e éd., spéc. p. 279.

² J.-L. Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, 2009. Selon J.-C. Soyer, « la mondialisation bouleverse les échiquiers traditionnels », dans *Pèlerinage aux sources du droit privé, Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 33-39, spéc.p. 33.

³ C. Brunetti-Pons, Réflexions autour de l’évolution du droit de la famille, 1^{re} partie, *Dr. fam.* 2003, n° 5, chron. n° 15, pp. 10-16, spéc. p. 10.

⁴ F. Dekeuwer-Défossez, Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille, *R.T.D. civ.* 1995, pp. 249-270, spéc. p. 249 .

⁵ J. Hauser, Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille, dans *Droits des personnes et de la famille, Liber Amicorum à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, L.G.D.J., 1994, pp. 235 et s. ;

⁶ M.-T. Meulders-Klein, Internationalisation des droits de l’Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ?, dans *Internationalisation des droits de l’Homme et évolution du droit de la famille*, Actes du Colloque du Laboratoire d’études et de recherches appliquées au droit privé, Université Lille II, L.G.D.J.,1996, pp. 180-213.

des sources du droit de la famille, l'évolution de la notion de famille et le rapprochement des droits.

2. La famille a une double nature. Elle est une institution juridique, mais incarne avant tout un phénomène social⁷. Elle est considérée en Europe comme la cellule de base de la société. La plupart des Constitutions nationales européennes⁸ soumettent la famille à la protection de l'Etat et reconnaissent ainsi sa nature fondamentale et structurante⁹. Parce que la famille est considérée comme une cellule intermédiaire entre l'individu et l'Etat¹⁰, c'est à travers sa régulation que l'Etat a longtemps cherché à façonner les comportements individuels dans un sens conforme aux valeurs qu'il défend. C'est la raison pour laquelle il est communément admis que le droit de la famille, plus que toute autre branche du droit civil, est imprégné à la fois de l'histoire, de la culture et des mœurs d'une société déterminée¹¹ et constitue, en tant que « bastion des particularismes nationaux », un « droit réfractaire à toute internationalisation »¹².

3. Il est ainsi souvent affirmé que les sources par excellence¹³ du droit de la famille sont d'origine interne. On distingue traditionnellement les sources formelles des sources matérielles ou réelles¹⁴. Les premières désignent la forme sous l'action de laquelle la règle naît au droit et les secondes se définissent comme l'ensemble des données morales, économiques, sociales, politiques et juridiques qui suscitent l'évolution du droit¹⁵. La loi et les règles constitutionnelles sont les sources formelles privilégiées du droit de la famille dans les Etats appartenant au système romano-germanique. Si les réformes du droit de la famille

⁷ G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 2006, 9^e éd., spéc. p. 7.

⁸ Sur un aperçu détaillé, voir M.-T. Meulders-Klein, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en Occident, 1968-1998*, L.G.D.J., 1999, spéc. p. 445 et s.

⁹ On peut citer le préambule de la Constitution française de 1946, auquel renvoie la Constitution de 1958, affirmant que « la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement », mais aussi la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 qui place la famille sous la protection particulière de l'Etat. D'autres textes constitutionnels insistent davantage sur la fonction structurante de la famille. Par exemple, la Constitution grecque du 7 juin 1975 soumet la famille à la protection de l'Etat en tant que fondement du maintien et du progrès de la nation, et la Constitution irlandaise du 1er juillet 1937 en tant que groupe naturel primaire et fondamental de la société, mais aussi en tant que base nécessaire et indispensable au bien-être de la nation et de l'Etat. Voir J.-B. d'Onorio, *La protection constitutionnelle du mariage et de la famille en Europe*, *R.T.D. civ.* 1988, pp. 1-29.

¹⁰ M.-T. Meulders-Klein, *Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale*, *Droit et Société* 23/24, 1993, pp. 163-197, spéc. p. 164.

¹¹ S. Simitis, *La réception du droit communautaire en droit de la famille*, dans J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruylant, 2003, pp.39-50, spéc. p. 39.

¹² P. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille*, Defrénois, 4^e éd., 2011, n° 55.

¹³ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004, spéc. p. 766.

¹⁴ P. Jestaz, *Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit)*, *R.T.D. civ.* 1993, pp. 73-85.

¹⁵ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique Association Henri Capitant*, PUF, 2011, 9^e éd., V° source.

résultent principalement de l'adoption de nouveaux textes de loi, le droit constitutionnel interfère de plus en plus dans le processus d'évolution du droit de la famille¹⁶. Cela se vérifie surtout dans les systèmes juridiques ayant admis le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois par le juge constitutionnel. La Belgique et l'Allemagne en sont des exemples topiques.

Avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} mars 2010 de la loi organique instituant la question prioritaire de constitutionnalité¹⁷, dite QPC, le bloc de constitutionnalité français joue un rôle de plus en plus déterminant dans l'évolution du droit de la famille¹⁸. L'article 61-1 de la Constitution de 1958 permet, en effet, à tout justiciable d'invoquer au cours d'une instance l'inconstitutionnalité d'une disposition législative au moyen d'une QPC qui, une fois transmise à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat, sera renvoyée au Conseil constitutionnel si les conditions de recevabilité sont remplies¹⁹. En l'espace d'une année et demie, le Conseil constitutionnel a déjà statué sur six QPC²⁰ ayant un lien plus ou moins étroit avec la matière familiale et toutes étaient fondées sur le principe d'égalité tiré de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC).

4. La jurisprudence est une autre source formelle interne du droit de la famille. Contestée dans les pays romano-germaniques²¹, elle est qualifiée de source indirecte officieuse²². A l'inverse, les pays de *Common Law*²³ dont le système juridique repose sur la théorie du

¹⁶ N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, thèse Paris II, 1994 ; J. Hauser, Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004/16, pp. 104-110.

¹⁷ L. org. n° 2009-1523, 10 déc. 2009, J.O. du 11 déc. 2009, p. 21379.

¹⁸ M. Douris, Homosexualité, couples non mariés, accès au mariage et à la parenté : l'évolution du droit français de la famille devant le Conseil constitutionnel, *LPA*, 2011, n° 11, pp. 4-7.

¹⁹ V. Larribau-Terneyre, À propos de la question prioritaire de constitutionnalité, *Dr. fam.* 2010, n° 6, étude n° 13, pp. 13-18.

²⁰ Cons. Const. Déc. n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, J.O. du 7 octobre 2010, p. 18154 (adoption au sein d'un couple non marié) : *JCP. G.* 2010, p. 1145, A. Gouttenoire et C. Radé ; *AJ fam.* 2010, p. 487, obs. F. Chénéde ; *G.P.* 2010, n° 293, D. Rousseau ; *Dr. fam.* 2010, repère 10, V. Larribau-Terneyre ; *R.T.D.civ.* 2010, p. 776, obs. J. Hauser. Cons. Const. Déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, J.O. du 29 janvier 2011, p. 1894 (interdiction du mariage entre personnes de même sexe) : *Dr. fam.* 2011, n° 3, Comm. n° 32, note R. Ouedraogo ; *AJ. fam.* 2011, n° 3, p. 157, obs. F. Chénéde. Cons. Const. Déc. n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, J.O. du 26 mars 2011, p. 5404 (pension de réversion des enfants). Cons. Const. Déc. n° 2011-155 QPC du 29 juillet 2011, J.O. du 30 juillet 2011, p. 13048 (pension de réversion et couples non mariés). Cons. Const. Déc. n° 2011-159 QPC du 5 août 2011, J.O. du 6 août 2011, p. 13478, (droit de prélèvement dans la succession d'un héritier français). Cons. Const. Déc. n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011, J.O. du 1er octobre 2011, p. 16528 (condition de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'action en matière de filiation).

²¹ La famille romano-germanique comprend la France, l'Italie, l'Espagne, l'Allemagne, le Portugal, la Belgique, l'Autriche, la Scandinavie, la Suisse, les Pays-Bas, le Luxembourg.

²² Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 2011, 17^e éd., spéc. n° 62.

²³ Ils comprennent en Europe, le Royaume-Uni et l'Irlande.

précédent en font une source principale du droit²⁴, alors même que le droit écrit est en constante évolution²⁵. Si la légitimité institutionnelle de cette source est discutée en pays de droit écrit, sa légitimité pratique l'est beaucoup moins. La famille est en constante évolution et les lenteurs de la procédure législative font que le droit écrit n'évolue pas aussi vite que les mœurs familiales. Le juge, confronté aux situations juridiques encore méconnues du droit, mais également à l'aspect profondément humain du contentieux familial, est contraint²⁶ de suppléer à la loi²⁷ en interprétant et en adaptant²⁸ les textes préexistants aux nouveaux schémas familiaux. Les décisions rendues par le juge français en matière d'homoparentalité²⁹ permettent d'en rendre compte.

5. La volonté politique de bâtir une union plus étroite entre les peuples au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale a conduit les États à ne plus vivre repliés sur eux-mêmes, c'est-à-dire, à se rapprocher et à conclure entre eux de multiples traités internationaux. Une fois ratifiées, les conventions internationales contraignent à l'intégration de nouvelles valeurs fondamentales au sein des divers ordres juridiques nationaux et contribuent ainsi au renouvellement des sources du droit de la famille. La Convention internationale des droits de l'enfant, dite aussi Convention de New York, adoptée par l'Organisation des Nations Unies le 20 novembre 1989 et les nombreuses conventions adoptées dans le domaine familial par la Conférence de La Haye de droit international privé figurent parmi les sources internationales les plus influentes. Celles-ci ne seront pas davantage développées compte tenu de la dimension européenne du sujet. En Europe, deux organisations ont participé à l'éclatement des sources du droit de la famille: il s'agit du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne.

6. Le cadre institutionnel du Conseil de l'Europe est défini dans le Traité de Londres de 1949. Forte de 47 Etats, l'Organisation strasbourgeoise répond davantage à une logique de coopération intergouvernementale et constitue l'une des principales enceintes de dialogue politique du continent européen. Dotée statutairement d'un domaine de compétence très large en matière de coopération juridique³⁰, elle s'est très tôt³¹ intéressée à la question familiale en

²⁴ G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, L.G.D.J., 2011, 2^e éd., spéc. n° 197.

²⁵ R. Legeais, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Litec, 2008, 2^e éd., spéc. n° 31.

²⁶ Conformément à l'article 4 du Code civil français le juge est tenu de statuer sous peine d'être poursuivi pour déni de justice.

²⁷ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, op. cit., spéc. n° 62.

²⁸ Voir dans ce sens P. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 2011, 13^e éd., spéc. n° 204. Voir également J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2004, 4^e éd., spéc. n° 62.

²⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 24 février 2006. Voir *infra* n° 625.

adoptant divers instruments plus ou moins contraignants sans soulever de vives contestations de la part des civilistes, telles la recommandation relative à la discrimination entre les femmes et les hommes pour le choix du nom de famille³² et la transmission du nom des parents aux enfants, la convention sur les relations personnelles concernant les enfants³³, mais aussi la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁴.

7. L'eupéanisation des droits de la famille des États européens n'est pas seulement le fruit du Conseil de l'Europe, elle résulte également de plus en plus de l'action de l'Union européenne. Ainsi, à l'eupéanisation³⁵ s'est adjointe une « bruxellisation »³⁶ des sources du droit de la famille. L'intervention de l'Union européenne en droit de la famille s'est faite plus tardivement, mais a été plus remarquée³⁷. Ce domaine, à l'origine hors de portée de la législation communautaire³⁸, se retrouve de plus en plus visé par le droit de l'Union européenne dont la mission s'éloigne du seul établissement d'un marché unique. D'un droit du marché, étranger à la question familiale, il est passé à un droit plus humain attentif à la condition des personnes³⁹. Cette évolution est le fruit du droit institutionnel. Cette organisation, née sous le nom de Communauté économique européenne par la signature du Traité de Rome en 1957, a subi diverses modifications institutionnelles. Le Traité de Lisbonne de 2009 constitue la dernière étape de construction de l'Europe intégrative, qui compte désormais 27 États membres. Outre le changement de nom de l'institution, les divers traités

³⁰ H. Harremoës, Le Conseil de l'Europe et le droit de la famille, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 9-15.

³¹ Dès 1967 avec l'adoption de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants adoptée le 24 avril 1967.

³² Recommandation 1362 (1998) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

³³ Convention STE n° 192 adoptée le 15 mai 2003.

³⁴ Convention STE n° 005 adoptée le 4 novembre 1950.

³⁵ F. Werro (dir.), *L'eupéanisation du droit privé : vers un code civil européen ?*, Fribourg, 1998.

³⁶ H. Fulchiron, Rapport de synthèse, dans J. Flauss-Diem et G. Fauré (dir.), *Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, PUF, 2005, pp. 185-197, spéc. p. 193.

³⁷ H. Gaudemet-Tallon, La famille face au droit communautaire, dans *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, op. cit., pp. 85-116 ; S. Ramet, *Le droit communautaire et la famille*, Thèse, Paris I, 2001.

³⁸ Les notions de « droit communautaire » et de « communautarisation » n'ont plus qu'un sens essentiellement historique puisqu'elles renvoient au droit de la Communauté économique européenne remplacée ensuite par la Communauté européenne. Ces notions n'ont plus de signification en droit positif depuis que l'Union européenne a absorbé la Communauté européenne par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Aussi, en dehors de tout contexte historique, la notion de droit de l'Union européenne sera préférée à celle de droit communautaire. Il sera néanmoins fait parfois usage de la notion de « communautarisation » en lieu et place de la notion d'« eupéanisation » afin de bien distinguer l'action du droit de l'Union européenne de celle du droit du Conseil de l'Europe.

³⁹ M. Candela Soriano et M. Melchior, *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Larcier, 2006, spéc. p. 64 et 65.

modificatifs ont formulé de nouveaux objectifs et ainsi attribué de nouvelles compétences à l'organisation.

8. La structure juridique de l'Union européenne repose sur le droit primaire⁴⁰. Seuls les traités originaires⁴¹ auxquels il convient d'ajouter les traités modificateurs⁴², qualifiés par la Cour de justice de l'Union européenne de « Charte constitutionnelle de base »⁴³, formulent les objectifs poursuivis par l'Union européenne et définissent le champ matériel de ses compétences. Adoptés par les chefs d'Etat ou de gouvernement des Etats membres, les traités contiennent les règles formelles et matérielles qui constituent le cadre juridique au sein duquel les institutions mettent en œuvre les différentes politiques de l'Union européenne. Ils déterminent les règles formelles qui énoncent la répartition des compétences entre l'Union et les Etats, et qui fondent le pouvoir des institutions. Ils énoncent également des règles matérielles qui définissent le champ des politiques et structurent l'action des institutions dans chacune d'elles.

9. Les Traités fondateurs ont posé le principe d'une stricte compétence d'attribution de l'Union européenne⁴⁴, c'est-à-dire que ses domaines de compétence sont limitativement énumérés par les dispositions matérielles des traités. En conséquence, les organes de l'Union ne peuvent édicter un acte juridique que dans la mesure où ils tiennent expressément ce pouvoir d'une disposition d'un traité constitutif, et dans la stricte limite du domaine concerné par cette disposition et de l'objet pour lequel une compétence normative a été conférée à

⁴⁰ Le droit primaire regroupe l'ensemble des textes (traités fondateurs) qui déterminent les institutions de l'Union européenne et leurs compétences, ainsi que les objectifs et les valeurs que ces institutions doivent respecter. Le droit primaire se distingue du droit dérivé, qui lui est inférieur et désigne les actes juridiques (règlements, directives, avis, recommandations, décisions) adoptés par les institutions de l'Union européenne dans le cadre de leur compétence en vue de mettre en œuvre la politique de l'Union européenne. Voir J. Pertek, *Droit des institutions de l'Union européenne*, PUF, 2011, 3^e éd., spéc. p. 97 et 112.

⁴¹ Il s'agit des traités fondateurs, dits également traités constitutifs, à l'origine de la construction communautaire renvoyant donc au Traité de Paris instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) signé le 18 avril 1951 et entré en vigueur le 23 juillet 1952 ainsi qu'aux Traités de Rome instituant la Communauté économique européenne (CEE) et la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA ou Euratom) signés le 25 mars 1957 et entrés en vigueur le 14 janvier 1958.

⁴² Il s'agit de l'ensemble des traités complémentaires portant révision des traités originaires et ayant pour finalité de les moderniser, de les aménager ou de les compléter sans les remettre en cause de manière fondamentale c'est-à-dire l'Acte unique européen (AUE), signé à Luxembourg et à La Haye les 17 et 28 février 1986 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987, le Traité sur l'Union européenne (UE), signé à Maastricht le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, le Traité d'Amsterdam signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, le Traité de Nice signé le 26 février 2001 et entré en vigueur le 1^{er} février 2003 et le Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 et en cours de ratification.

⁴³ CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement*, aff. 294/83, Rec., p. 1339, point 23.

⁴⁴ Voir art. 2, 3, 4 et 5 Tr. CECA ; art. 2, 3 et 4 Tr. CEE ; art. 1, 2 et 3 Tr. CEEA.

l'Union. Les domaines non visés par l'étendue des compétences de l'Union demeurent l'apanage du droit interne qui conserve, dès lors, sa pleine souveraineté.

La lecture purement formelle des traités originaires a souvent conduit à considérer le droit de la famille comme un domaine épargné par l'emprise dite tentaculaire du droit communautaire⁴⁵. La vocation principalement économique de la construction communautaire y était en effet éloquente. Soucieuses du relèvement du niveau de vie de leurs ressortissants par l'expansion économique et le développement des échanges entre les Etats membres, la CECA, la CEEA et la CEE avaient respectivement pour mission, la première, de créer un marché commun du charbon et de l'acier⁴⁶, la seconde, de mettre en commun les industries nucléaires des Etats membres⁴⁷, et la dernière d'établir un marché intérieur unique, de mettre en place une union douanière et d'élaborer des politiques communes notamment dans le secteur des transports ainsi que dans le domaine agricole et commercial⁴⁸. Les traités fondateurs s'inscrivaient dès lors dans l'objectif explicite d'instaurer une union économique et chacun d'eux couvrait des domaines économiques bien spécifiques.

Affichant une orientation essentiellement économique et faute de toute compétence particulière expresse en matière familiale, le droit communautaire n'avait, *a priori*, pas vocation à intervenir dans le droit de la famille. Toute rencontre du droit communautaire et du droit de la famille semblait exclue puisqu'elle était antinomique⁴⁹ au regard de leur domaine respectif : le premier relevant du domaine de l'« avoir », c'est-à-dire de l'économique⁵⁰, et le second de l'« être »⁵¹, c'est-à-dire de la vie personnelle.

10. Cette différence d'horizons expliquait le manque de préoccupation du droit communautaire pour les droits individuels. Les questions économiques l'emportant sur les droits individuels, l'« homo Europeanus »⁵² n'était appréhendée par le droit communautaire

⁴⁵ S. Spiros, La réception du droit communautaire en droit de la famille, dans J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, op. cit., pp. 39-50.

⁴⁶ Voir art. 2 et 3 Tr. CECA.

⁴⁷ Voir art. 1 et 2 Tr. CEEA.

⁴⁸ Voir art. 2 et 3 Tr. CEE.

⁴⁹ A. Bénabent, La réception du droit communautaire en droit de la famille, dans J.-S. bergé et M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, op. cit., pp. 51-56, spéc. p. 52. L'auteur parle d'« antinomie initiale ».

⁵⁰ H. Gaudemet-Tallon, La famille face au droit communautaire, dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, art. préc., spéc. p. 85.

⁵¹ S. Poillot-Peruzzeto, L'incidence du droit communautaire sur le droit de la famille, *L'Obs. de Brux.*, mai 2001, n° 42, pp. 28-37, spéc. p. 28.

⁵² Formule empruntée à C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2010, 4^e éd., n° 156.

originaires qu'à travers la notion de travailleur⁵³ ou de consommateur⁵⁴, conception économique de l'être humain réduit, en conséquence, à sa fonction d'agent au service du marché intérieur. Ces constatations confirment l'esprit utilitaire et fonctionnel des traités originaires concédant initialement aux droits des personnes une place secondaire en tant qu'accessoires aux objectifs communautaires, c'est-à-dire destinés à servir la finalité économique de la Communauté⁵⁵.

11. Néanmoins, même si les traités fondateurs faisaient formellement abstraction de toute compétence de la communauté dans ce domaine, ils n'en donnaient pas moins les moyens juridiques d'aborder la question aux institutions communautaires. L'intervention du droit communautaire dans des domaines extra-économiques a souvent été décriée comme étant illégitime et souvent qualifiée de « communautarisation rampante »⁵⁶ au sens où le droit communautaire se saisissait de questions ne relevant pas explicitement de ses compétences d'attribution par le moyen de procédés détournés⁵⁷. Or loin d'avoir détourné les moyens d'action juridique mis à leur disposition par les traités de base, les institutions communautaires ont su exploiter les brèches volontairement ouvertes par le droit primaire en vue d'assurer la réalisation des objectifs communautaires.

12. Il faut faire une lecture attentive des Traités constitutifs du droit communautaire pour déterminer la légitimité de l'intervention de cet ordre juridique en droit de la famille. En effet, même s'il était fait abstraction de toute compétence particulière du droit communautaire en droit de la famille, les articles 100⁵⁸ et 235⁵⁹ du Traité CEE n'en excluaient pas pour autant une possible intervention dans l'hypothèse où celle-ci paraîtrait indispensable au bon fonctionnement du marché commun et à la réalisation de l'un des objets de la Communauté. L'absence de restriction quant aux domaines de législation visés laissa entrouverte la porte à

⁵³ Art. 48 Tr. CEE.

⁵⁴ S. Nadaud, *Codifier le droit civil européen*, Larcier, 2008, spéc. p. 15.

⁵⁵ F. Moro, Observations sur la communautarisation du droit de la famille, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, t. 43, n° 3, pp. 675-712, spéc. p. 677 ; M. Fallon, Droit familial et droit des Communautés européennes, *R.T.D. fam.* 1998, n° 3, pp. 361-400, spéc. p. 367 et s.

⁵⁶ J.-P. Jacques, La communautarisation des politiques nationales, *Pouvoirs*, n° 48, 1989, pp. 29-38, spéc. p. 34.

⁵⁷ Voir S. Ramet, *Le droit communautaire et la famille*, op. cit., spéc. n° 745, p. 427.

⁵⁸ L'article 100 Tr. CEE prévoyait le possible rapprochement des législations ayant une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun.

⁵⁹ L'article 235 Tr. CEE envisageait la possibilité pour le Conseil de prendre des mesures appropriées dans l'hypothèse où une action de la Communauté aurait paru nécessaire pour réaliser l'un des objets de la Communauté, sans qu'aucun pouvoir d'action n'ait été originellement prévu.

l'intervention communautaire dans des domaines ne relevant pas *a priori* de sa compétence⁶⁰. Les institutions communautaires ne tardèrent pas à exploiter cette brèche de l'effet utile⁶¹ des traités communautaires pour prendre des décisions ou mesures intéressant la question familiale.

L'intégration de la question familiale dans le droit communautaire s'est donc produite selon la méthode des petits pas, stratégie fidèle à la philosophie fonctionnelle adoptée par les « Pères fondateurs » de l'Europe quant à la question de la construction communautaire⁶². L'action communautaire menée dans le domaine de la famille a donc d'abord été solidaire de celle menée en matière économique⁶³. Le principe de l'effet utile extrait des articles 100 et 235 Tr. CEE a conduit le législateur et le juge communautaire à tenir compte de la dimension familiale de la politique économique de la Communauté. En effet, conscient de la réalité juridique, économique, sociale et affective que constitue la famille et des répercussions économiques et sociales néfastes que peut engendrer le désintérêt porté au bien-être de la famille, le législateur communautaire s'est très tôt intéressé aux questions de politique familiale alors même qu'elles relevaient de la compétence de droit commun des Etats membres⁶⁴.

⁶⁰ L. Idot, Rapport introductif, dans J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, op. cit., pp. 17-38, spéc. p. 23. Selon l'auteur, « les bases juridiques générales, en particulier l'article 95 CE sur le rapprochement des législations, sont rédigées dans des termes assez vagues pour légitimer des interventions communautaires chaque fois que la disparité des législations risque de porter atteinte au fonctionnement du marché intérieur ».

⁶¹ Cette méthode invite les institutions de l'Union européenne à prendre une mesure dans un domaine ne relevant pas expressément de leur compétence dès lors qu'elle contribue à l'effectivité et à l'efficacité du droit de l'Union européenne. Le principe de l'effet utile des traités fondateurs implique le rapprochement des législations internes lorsque leurs divergences sont de nature à entraver le bon fonctionnement du marché intérieur et suggère ainsi l'intervention du droit communautaire dans des domaines qui apparaissent *a priori* exclus de son domaine de compétence. Ainsi, même si les traités fondateurs n'ont pas prévu explicitement de compétence particulière du droit communautaire en droit de la famille, la formulation des articles 100 et 235 Tr. CEE laissent supposer qu'une telle intervention n'a pas été exclue. L'application des principes économiques du Traité offre l'occasion aux institutions communautaires de défendre d'autres droits, tels les droits familiaux. La logique communautaire selon laquelle le droit communautaire ne peut ignorer des questions susceptibles d'interférer avec l'exercice effectif des libertés fondamentales garanties par le droit originaire explique donc l'intérêt porté initialement aux questions familiales. Voir J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe*, PUF, 2011, 2^e éd., spéc. p. 423. Voir également A. Barav et C. Philip (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993, V^o Effet utile.

⁶² Voir la Déclaration Schuman rédigée par Jean Monnet et ses collaborateurs et prononcée le 9 mai 1950 dans le Salon de l'Horloge du Quai d'Orsay : « L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait.[...] ». Ce texte est considéré comme l'acte de naissance de l'Union européenne.

⁶³ Voir dans ce sens Atelier de droit de la famille, dans J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, op. cit., pp. 265-270, spéc. p. 265.

⁶⁴ Voir la résolution du Parlement européen sur la politique familiale dans la Communauté du 9 juin 1983, JOCE n^o C 184/116 du 11 juillet 1983, considérant A et C et points 1, 4, 6 et 7.

13. Parce que la famille est source de prospérité économique et parce qu'elle joue un rôle fondamental dans l'équilibre et le progrès de la société, les autorités communautaires ont pris conscience du lien d'interdépendance existant entre la politique familiale et sa politique économique et sociale⁶⁵. C'est la raison pour laquelle les institutions communautaires ont très vite estimé qu'elles ne pouvaient plus ignorer la dimension familiale dans l'élaboration de leur politique et pris la décision de veiller aux conséquences de ses politiques économiques et sociales sur la famille⁶⁶ ainsi que de veiller à l'impact des politiques familiales sur l'évolution sociale et le développement économique de l'Europe communautaire⁶⁷. Les institutions communautaires s'emparaient de questions familiales dès lors qu'elles étaient susceptibles d'entraver l'exercice effectif des droits sociaux et économiques des membres de la famille ou bien l'exercice de leur activité professionnelle. Il était ainsi fréquent que les institutions communautaires expriment dans les mesures qu'ils prenaient afin d'orienter la politique familiale des Etats membres leur attachement à la conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale et invitaient les autorités nationales à prendre des mesures destinées à remédier aux difficultés économiques et sociales des familles⁶⁸.

14. La mise en œuvre du principe fondamental de la libre circulation a également conduit le droit communautaire à s'intéresser indirectement à la question familiale. Ce principe constituant le fondement de la Communauté économique et le moteur essentiel de la réalisation du marché commun, le droit primaire s'est attaché à garantir la libre circulation de l'ensemble des facteurs de production recouvrant les marchandises, les personnes, les services et les capitaux. La libre circulation des travailleurs, liberté fondamentale dont le principe a été

⁶⁵ Voir la résolution du Parlement européen sur la politique familiale dans la Communauté du 9 juin 1983, JOCE n° C 184/116 du 11 juillet 1983, considérants H. et L. Voir également C. Kohler, L'article 220 du traité CEE et les conflits de juridictions en matière de relations familiales : premières réflexions, *Riv. di diritto internazionale privato e processuale*, 1992, p. 221 et s., spéc. p. 227. Selon l'auteur, « il semble donc que la réglementation des relations familiales soit considérée comme un complément nécessaire à l'accomplissement de la mission de la Communauté, et notamment en ce qui concerne la mise en œuvre de certaines politiques communautaires ».

⁶⁶ Voir les Conclusions du Conseil et des ministres chargés de la famille, réunis au sein du Conseil du 29 septembre 1989 concernant les politiques familiales, points 3 et 4, JOCE n° C 277 du 31 octobre 1989, pp. 2-3. Il y est en effet précisé que « la légitimité de l'intérêt communautaire sur le thème de la famille repose moins sur des bases idéologiques que sur la reconnaissance de faits objectifs comme le rôle économique de la famille, la responsabilité des familles dans l'éducation des enfants, l'importance de la famille comme lieu premier des solidarités entre générations, le souci irréversible de l'égalité des hommes et des femmes et le souhait des femmes d'accéder pleinement à une vie sociale afin d'assurer un environnement approprié à la famille qui lui permette un développement harmonieux et l'épanouissement de ses membres dans le respect du libre choix du nombre des enfants ».

⁶⁷ Voir la résolution du Parlement européen sur la politique familiale dans la Communauté du 9 juin 1983, JOCE n° C 184/116 du 11 juillet 1983, p. 79.

⁶⁸ Voir la résolution du Parlement européen sur les familles monoparentales du 8 juillet 1986, JOCE n° C 227/31 du 8 septembre 1986 et la proposition de recommandation du Conseil concernant la garde des enfants, JOCE n° C 242/3 du 17 septembre 1991.

posé par les articles 48 à 51 du traité CEE a été mise en œuvre par de nombreux textes de droit communautaire dérivé⁶⁹. Ces règles de droit dérivé ont précisé le contenu du principe de la libre circulation des travailleurs et élargi le bénéfice du droit à la libre circulation à la famille⁷⁰ du travailleur communautaire migrant en lui reconnaissant le droit de se faire rejoindre par les membres de sa famille⁷¹. Le travailleur communautaire n'étant pas seulement un opérateur économique, mais avant tout, naturellement, le membre d'une famille, le législateur communautaire n'a pas tardé à tenir compte de la dimension familiale du principe de libre circulation des travailleurs en faisant du « regroupement familial »⁷² une composante essentielle de ce droit fondamental.

A l'époque, ces textes avaient pour but moins de respecter le droit fondamental de toute personne à une vie familiale normale que de favoriser la mobilité des travailleurs en garantissant le maintien de leurs liens de famille⁷³. En effet, l'impossibilité de migrer à l'intérieur des Etats membres avec les membres de sa famille pouvait dissuader le travailleur communautaire d'exercer son droit de libre circulation et représenter corrélativement un

⁶⁹ Règlement n° 15 du 16 août 1961 relatif aux premières mesures pour la réalisation de la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JOCE n° 57 du 26 août 1961, p. 1073; voir également la directive du même jour en matière de procédures et pratiques administratives relatives à l'introduction, l'emploi et le séjour des travailleurs d'un Etat membre, ainsi que de leur famille, dans les autres Etats membres de la Communauté (JOCE n° 80 du 13 décembre 1961, p. 1513); Règlement du 25 mars 1964 n° 38/64/CEE relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JOCE n° 62 du 17 avril 1964, p. 965; voir également la directive du même jour n° 64/240/CEE relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Etats membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté (JOCE n° 62 du 17 avril 1964, p. 981); Règlement n° 1612/68 du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JOCE n° L 257/2, 19 octobre 1968; Directive n° 68/360 du 15 octobre 1968 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Etats membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté, JOCE n° L 257/13, 19 octobre 1968; Directive n° 73/148 du 21 mai 1973 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des Etats membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de service, JOCE n° L 172/14 du 28 juin 1973; Directive du 29 avril 2004 n° 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, JOUE n° L 158/77 du 30 avril 2004; Directive du 22 septembre 2003 n° 2003/86/CE relative au regroupement familial, JOUE n° L 251/12 du 3 octobre 2003.

⁷⁰ A l'origine, par famille, il fallait entendre : le conjoint, les descendants du travailleur et ceux de son conjoint s'ils ont moins de 21 ans et s'ils sont à charge, ainsi que ses ascendants s'ils sont à charge. Ensuite la formule a été étendue au partenaire non marié.

⁷¹ Voir titre II du règlement n° 38/64/CEE ayant trait à la famille des travailleurs (article 17 à 21) et Article premier, art. 3 et 4 de la directive n° 64/240/CEE.

⁷² Il est important de préciser que le législateur communautaire s'est dans un premier temps abstenu d'utiliser cette expression, sans doute, parce que la question intimement liée à la politique migratoire relevait à l'origine du droit interne. Ainsi pour ne pas froisser la souveraineté nationale, il y préférerait l'expression de droit du travailleur de se faire rejoindre par sa famille. Il a consacré cette expression dans la directive 2003/86, c'est-à-dire une fois que la compétence de la Communauté dans ce domaine a été admise par les Etats membres en adoptant le Traité d'Amsterdam en 1999.

⁷³ Voir notamment le 5^{ème} considérant du préambule du règlement n° 1612/68 qui indique clairement que « le droit de libre circulation exige, pour qu'il puisse s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité,...que soient éliminés les obstacles qui s'opposent à la mobilité des travailleurs notamment en ce qui concerne le droit pour le travailleur de se faire rejoindre par sa famille ».

obstacle à la réalisation des objectifs communautaires⁷⁴. C'est la raison pour laquelle ces différentes mesures destinées à faciliter la réalisation des objectifs énoncés dans le droit originaire assortirent le droit à la libre circulation des travailleurs du droit accessoire de se faire accompagner des membres de sa famille. Il n'est donc pas anodin que ces textes aient été adoptés au visa des articles 48 et 49 Tr. CEE ayant trait à la libre circulation des travailleurs. C'est, ainsi, davantage le principe de l'effet utile des traités que le souci d'assurer l'unité familiale qui a guidé l'action du législateur communautaire et l'a conduit, à terme, à rapprocher les législations nationales relatives au regroupement familial.

15. Ces textes sont les premiers témoignages affichés de l'intérêt porté par le droit communautaire à la question familiale. Cet intérêt est allé croissant sous l'influence des nouveaux objectifs injectés dans le processus de construction communautaire par les traités modificatifs. Ces normes ont jeté les nouvelles bases juridiques d'intervention du droit communautaire dans ce domaine.

16. Par l'adoption de traités modificatifs, la petite Europe a franchi une nouvelle étape dans le processus d'intégration européenne⁷⁵. En effet, les ambitions de la Communauté se sont étoffées pour recouvrir un aspect résolument plus politique et humaniste. La volonté manifestée des dirigeants européens de démocratiser la construction européenne en se rapprochant des ressortissants communautaires a contribué à l'humanisation⁷⁶ du droit communautaire. Il faut entendre par humanisation la prise en considération croissante de la condition des personnes⁷⁷. Certains auteurs affirment que l'on est passé « d'une conception essentiellement fonctionnelle, dans laquelle les droits et libertés apparaissent avant tout comme instruments d'édification du marché commun ou de l'Union politique à une conception plus fondamentale, celle des droits de la personne humaine considérée en elle-même »⁷⁸.

⁷⁴ Pour reprendre les mots de Mme H. Muir-Watt, « c'est bien le fonctionnement efficient du marché intérieur qui exige de pourvoir à l'harmonie de la vie familiale de l'homo oeconomicus », *Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé)*, *Arch. phil. droit*, 2001, n° 45, pp. 271-284, spéc. p. 272.

⁷⁵ Préambule du Traité sur l'Union européenne (TUE) signé à Maastricht le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993.

⁷⁶ H. Gaudemet-Tallon, *Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions*, *R.M.C.U.E.*, 2000, n° 437, pp. 228-242, spéc. p. 230 et 238.

⁷⁷ J.-Y. Carlier, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Larcier, 2007.

⁷⁸ J.-F. Akandji-Kombé, *Le développement des droits fondamentaux dans les traités*, dans S. Leclerc, J.-F. Akandji-Kombé et M.-J. Redor (dir.), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, 1999, pp. 31-56, spéc. p. 34 et 35.

En effet, au fur et à mesure des avancées de la construction européenne, les domaines d'action de la Communauté se sont progressivement élargis pour s'immiscer de plus en plus dans la vie quotidienne des ressortissants communautaires afin de répondre à leurs attentes et rendre ainsi perceptible et légitime son existence⁷⁹. Parmi ces préoccupations quotidiennes figure notamment la prise en compte de leurs intérêts personnels et familiaux, lesquels se situent à l'intersection de nombreuses politiques européennes. Ce sont donc les nouvelles ambitions politiques de la Communauté qui ont impulsé l'intervention du droit communautaire en droit de la famille. Les Traités modificatifs ont contribué à l'humanisation de l'intégration européenne par le biais de plusieurs moyens novateurs, lesquels ont permis d'investir la question encore délicate du droit de la famille.

17. Les traités fondateurs ont été revus à plusieurs reprises depuis la signature du traité de Rome et chaque mise à jour a abouti à un enrichissement des droits spécifiques des ressortissants communautaires. Il suffit de lire le préambule de chacun des traités modificatifs et de comparer leur contenu à ceux des traités de base et de compter le nombre de dispositions afférentes à la condition des personnes dans le dispositif des traités pour s'apercevoir que le ressortissant communautaire est désormais au cœur des préoccupations du droit de l'Union européenne. En effet, aux considérations économiques et sociales s'ajoutent celles, plus humaines, des citoyens européens. Plus concrètement, les traités modificatifs ont placé la personne au centre du droit de l'Union européenne par l'institution de la citoyenneté européenne, la consécration des droits fondamentaux des citoyens européens et la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Ces tâches constituent les objectifs-clés de l'intégration européenne politique. Ces nouveaux objectifs institutionnels, plus proches des préoccupations des citoyens européens, ont conduit les institutions normatives de l'Union européenne à s'intéresser directement au *pater familias*, c'est-à-dire, au citoyen membre d'une famille⁸⁰. Si à l'origine, le droit communautaire appréhendait la question familiale sous couvert de son impact sur la construction économique et sociale de la Communauté, le droit de l'Union européenne se saisit désormais de la matière indépendamment de tout intérêt économique.

⁷⁹ I. Trépant, *Pour une Europe citoyenne et solidaire. L'Europe des traités dans la vie quotidienne*, De Boeck, 2002, p. 134.

⁸⁰ C. Nourissat, *Droit civil de l'Union européenne* (1^{er} semestre 2003), D. 2003, p. 2450.

18. Chacun des deux ordres juridiques européens supranationaux a, en outre, adopté un texte protecteur des droits fondamentaux comprenant quelques dispositions relatives à la famille et s'est doté d'une juridiction spécialisée. Le Conseil de l'Europe a adopté la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. ESDH)⁸¹ dont le respect est garanti par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH). La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)⁸² dispose d'une compétence plus large que son homologue strasbourgeoise puisqu'elle veille non pas seulement à l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais aussi au respect du droit primaire et dérivé de l'Union européenne. L'interprétation extensive et évolutive des textes dont les deux cours européennes assurent l'application fait de leur jurisprudence une source du droit de la famille tout aussi importante que les textes adoptés par les institutions européennes. Le droit européen supranational est donc indissociable de la jurisprudence européenne supranationale. L'audace dont font preuve ces deux juridictions ne laisse pas la doctrine indifférente. La Cour EDH et la CJUE sont en effet accusées de sacrifier « le sanctuaire des traditions nationales »⁸³ au prix d'une course au système « le plus permissif »⁸⁴ ou le plus libéral⁸⁵.

19. L'europanisation des sources du droit de la famille ne s'opère pas seulement par le sommet⁸⁶. Elle provient également d'influences horizontales. En effet, les droits européens ne se résument pas aux droits supranationaux, ils désignent également les droits nationaux des États membres de l'Union européenne et/ou parties au Conseil de l'Europe. La famille s'est europanisée au gré des flux migratoires rendus plus aisés par les traités européens. Il en est résulté un brassage des populations et des mœurs familiales. La société est corrélativement devenue plus sensible à ce qui se passe dans les autres pays européens. Conscients de cette réalité, les législateurs nationaux sont désormais plus ouverts aux influences du droit

⁸¹ F. Vasseur-Lambry, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2000.

⁸² La CJUE regroupe, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'ancienne Cour de justice de la Communauté européenne, le Tribunal de première instance de la Communauté européenne et le Tribunal de la fonction publique. Il sera fait usage des anciennes dénominations lorsque nos propos concerneront une décision rendue sous l'empire du droit antérieur à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Lorsque la jurisprudence de la Cour sera évoquée de manière générale, seule la nouvelle dénomination sera retenue.

⁸³ J. Carbonnier, *Droit et Passion du Droit sous la Vème république*, Flammarion, 1996, p. 52.

⁸⁴ M. Hunter-Hénin, *Droit des personnes et droits de l'homme : Combinaison ou confrontation*, *R.C.D.I.P.* 2006, pp. 743-775, spéc. p. 746.

⁸⁵ H. Fulchiron, *Existe-t-il un modèle familial européen ?*, *Defr.* 2005, art. 38239, pp. 1461-1478, spéc. p. 1472.

⁸⁶ M. Virally, *Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes*, dans *Problèmes de droit des gens, Mélanges offerts à Henri Rolin*, A. Pedone, 1965, pp. 488-505, spéc. p. 493.

comparé⁸⁷, qui devient, dès lors, une source matérielle externe. En effet, les données tirées de la méthode comparative ne dictent pas les réformes internes du droit de la famille, elles orientent seulement le législateur national au stade de la procédure législative.

20. Le droit de la famille désigne l'ensemble des règles qui régissent les rapports entre individus au sein de la famille. La majorité des États européens ont regroupé ces règles dans leur Code civil⁸⁸ sans formuler de définition de la famille. Celle-ci relève d'une « véritable gageure »⁸⁹ puisque la famille est, « à la fois phénomène de droit et phénomène de mœurs »⁹⁰. L'évolution du droit de la famille est intimement liée aux données sociologiques⁹¹. Certains auteurs parlent, dès lors, de « sociologie législative »⁹². La conception de la famille évoluant avec les mœurs, il serait donc vain de formuler une seule définition juridique de la famille sans figer la notion dans le temps et ainsi exclure de nouvelles réalités sociales⁹³.

Historiquement, le droit de la famille a longtemps assuré la prédominance de la famille traditionnelle fondée sur le mariage. Pour reprendre une célèbre formule de Napoléon, parce que les concubins se passaient de la loi, le Code civil les ignorait. Les seules relations prises en compte par le droit interne étaient celles fondées soit sur un lien d'alliance soit sur un lien de filiation. Une analyse démographique menée par l'Organisation de coopération et de développement économique démontre que les Etats européens observent les mêmes changements sociologiques depuis 1970, telles la diminution du nombre des mariages s'accompagnant de l'augmentation des concubinages ou partenariats enregistrés et l'augmentation du nombre de divorces impliquant une recrudescence des familles monoparentales ou recomposées⁹⁴.

Cette évolution des mœurs, associée à l'intégration croissante des principes fondamentaux de liberté et d'égalité dans le droit de la famille, s'est traduite juridiquement

⁸⁷ F. Granet, Les droits des pères dans les législations européennes à la fin du XXe siècle, dans J. Délumeau et D. Roche (dir.), *Histoire des pères et de la paternité*, Larousse, 2000, 2^e éd., pp. 439-462, spéc. p. 462.

⁸⁸ En droit français, belge et espagnol, les principales dispositions relatives au droit de la famille ont été réparties dans les livres relatifs aux personnes et aux différentes manières d'acquérir la propriété tandis que le droit italien et allemand ont consacré un livre de leur code civil au droit de la famille.

⁸⁹ H. Gaudemet-Tallon, *Répertoire Dalloz de droit civil*, 1997, V^o Famille.

⁹⁰ J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., spéc. p. 279.

⁹¹ J. Commaille, *L'esprit sociologique des lois*, PUF, 1994.

⁹² J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 1994, spéc. p. 282.

⁹³ C. Colombet, *La famille*, PUF, 1999, 6^e éd., spéc. p. 14.

⁹⁴ Voir les données statistiques de l'OCDE : OECD Family database, consultable sur : www.oecd.org/dataoecd/4/19/40321815/pdf ; voir également Families are changing, OECD, 2011, consultable sur : <http://www.oecd.org/dataoecd/61/34/47701118.pdf>

par la reconnaissance des nouveaux schémas familiaux⁹⁵. Les relations familiales de fait fondées sur un lien affectif sont désormais prises en compte par les droits européens. Cette conception protéiforme de la famille est corroborée par les droits européens supranationaux⁹⁶. En effet, la Cour EDH et la CJUE retiennent une acception large de la vie familiale protégée tant par la Conv. ESDH et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

21. Les relations familiales sont également diverses. Elles peuvent être d'ordre personnel et reposer juridiquement sur la filiation, l'adoption, la responsabilité parentale⁹⁷, le mariage, le partenariat enregistré⁹⁸, le concubinage, le divorce et le nom de famille. Elles peuvent aussi être d'ordre patrimonial et relever du droit des régimes matrimoniaux, des obligations alimentaires, des régimes patrimoniaux du partenariat enregistré et des successions. Même si certains États européens refusent d'inclure l'aspect patrimonial des relations familiales dans le droit de la famille, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne appréhendent la matière tant dans son aspect extra-patrimonial que patrimonial. C'est la raison pour laquelle il convient de retenir cette conception large du droit de la famille.

22. Ces relations familiales ne s'inscrivent plus essentiellement dans un cadre national. Elles présentent de plus en plus une dimension européenne. Les traités fondateurs de l'Union européenne ayant rendu plus aisée la circulation des personnes au sein de l'Union européenne⁹⁹ ont favorisé l'émergence de couples mixtes, c'est-à-dire, de couples composés de ressortissants d'États membres différents. Une étude commandée par la commission européenne a révélé que les mariages et les divorces à dimension européenne représentaient 13 % de la totalité des mariages et des divorces prononcés dans l'Union européenne. Il a en

⁹⁵ J. Pousson-Petit, La famille en droit comparé européen, *Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, 1998, t. XLVI, pp. 119-134, spéc. p. 120 et s.

⁹⁶ M.-T. Meulders-Klein, Vie privée, vie familiale et droit de l'Homme, *R.I.D.C.* 1992, pp. 767-794, spéc. p. 776.

⁹⁷ Compte-tenu de la dimension européenne du sujet, les notions retenues sont celles utilisées par le droit européen supranational. Les concepts propres à chaque ordre juridique interne seront employés lorsqu'ils seront analysés individuellement.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ En 2002, 5 millions de ressortissants étrangers, nationaux d'États membres vivaient dans un autre État membre de l'Union européenne. En 2010, 12 millions de personnes étudient, travaillent ou vivent dans un État membre dont ils ne sont pas des nationaux. Voir Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des États membres de l'Union européenne, 30 avril 2003, Consortium ASSER-UCL, consultable sur : http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm; voir également le livre vert « moins de démarches administratives pour les citoyens : promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'État civil, COM (2010) 747 final.

autre pu être relevé, en 2011, que 8500 partenariats enregistrés avaient un caractère transfrontière¹⁰⁰.

La mobilité accrue des personnes au sein de l'Union européenne a, en outre, donné une dimension européenne aux régimes matrimoniaux et aux successions. La Commission européenne a en effet évalué à 2,5 millions le nombre d'immeubles possédés par des époux et situés dans des États membres différents de celui de leur résidence¹⁰¹. Par ailleurs, le rapport sur les successions internationales établi par l'institut notarial allemand¹⁰² a mis en lumière l'importance des évolutions successorales transfrontalières au sein de l'Union européenne et a notamment estimé à un million le nombre de citoyens allemands détenant des immeubles dans d'autres États membres.

23. L'eupéanisation des sources et des familles a ouvert la voie au rapprochement européen des droits nationaux¹⁰³. La notion de rapprochement peut revêtir différentes acceptions telle l'unification, l'uniformisation, l'harmonisation et la coordination. Entendu comme « l'action de combiner ou d'associer en vertu d'analogies ou de rapports »¹⁰⁴, le terme rapprochement englobe ces différentes notions¹⁰⁵. L'unification, l'uniformisation, l'harmonisation et la coordination incarnent en effet l'expression d'un rapprochement, mais à

¹⁰⁰ Communication de la commission européenne, lever les incertitudes liées aux droits patrimoniaux des couples internationaux, COM (2011) 125 final.

¹⁰¹ Voir Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des États membres de l'Union européenne, 30 avril 2003, Consortium ASSER-UCL, préc.

¹⁰² Rapport « Successions internationales dans l'Union européenne-Perspectives pour une harmonisation », consultable sur <http://www.successions.org>

¹⁰³ J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe*, op. cit., spéc. p. 263 et s. ; E. Steiner, La tradition juridique anglaise de rédaction et d'interprétation des lois face au phénomène actuel d'eupéanisation du droit, dans D. Fasquelle et S. Robin-Olivier (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire : une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, 2008, pp. 273-282, spéc. p. 279 et s. ; M.E. Blas Lopez, Convergence des raisonnements et des styles législatifs : réflexion autour du cas de l'Espagne, dans D. Fasquelle et S. Robin-Olivier (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire : une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, op. cit., pp. 283-298, spéc. p. 292 et 293 ; voir également A. Miranda, « Stirring » the european legal systems : the italian perspective in a comparative overview, dans D. Fasquelle et S. Robin-Olivier (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire : une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, op. cit., pp. 299-306, spéc. p. 301.

¹⁰⁴ R. Vander Elst, Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne, dans M. Waelbroeck (dir.), *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1976, pp. 1-14, spéc. p. 6.

¹⁰⁵ R. Vander Elst, Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne, *art. préc.*, spéc. p. 7.

des degrés divers¹⁰⁶. Ces notions désignent différentes « formes de réaction à la pluralité et à la diversité des ordres juridiques dans un certain espace »¹⁰⁷. On a pu constater qu'elles sont assez souvent assimilées¹⁰⁸ par la doctrine¹⁰⁹ voire même par les autorités normatives européennes¹¹⁰. Certains auteurs parlent dès lors de « flottements notionnels »¹¹¹ et, d'autres, d'« inconstance terminologique »¹¹². Ces notions ont pourtant une signification propre et des implications bien distinctes l'une de l'autre.

24. L'unification opère un rapprochement beaucoup plus intense et prononcé que celui induit par l'harmonisation et la coordination dans la mesure où elle conduit à une substitution de droits et corrélativement à une disparition de la diversité des droits en faveur de l'unité. A l'inverse, l'harmonisation et la coordination s'attachent à respecter la diversité des droits et assurent la coexistence des divers ordres juridiques européens¹¹³. L'unification vise la création de normes identiques communes aux divers systèmes juridiques concernés par l'effet

¹⁰⁶ F. Osman, Codification, unification, harmonisation du droit en Europe : un rêve en passe de devenir réalité ?, dans F. Osman (dir.), *Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des États-membres de l'Union européenne*, Bruylant, 1998, pp. 11-34, spéc. p. 14.

¹⁰⁷ A. Jeammaud, Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ?, dans F. Osman (dir.), *Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des États-membres de l'Union européenne*, op. cit., pp. 35-56, spéc. p. 35.

¹⁰⁸ N. Catalano, La Communauté économique européenne et l'unification, le rapprochement et l'harmonisation des droits des États membres, *R.I.D.C.* 1961, pp. 5-17, spéc. p. 5.

¹⁰⁹ Voir notamment D. Vignes, Le rapprochement des législations mérite-t-il encore son nom ?, dans *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulois*, Dalloz, 1991, pp. 533-546, spéc. p. 533. L'auteur emploie indistinctement les notions de rapprochement et d'harmonisation. Dans le même sens voir R. David, L'avenir des droits européens ; unification ou harmonisation, dans *Le droit comparé : droit d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, pp. 295-303. Voir également A. Chamboredon et C. Schmid, Pour la création d'un « institut européen du droit ». Entre unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe, *R.I.D.C.*, 2001, pp. 685-708, spéc. p. 687. Les auteurs entendent le terme « harmonisation » dans un sens large, c'est-à-dire, englobant toutes les formes de rapprochement des droits y compris l'unification.

¹¹⁰ Le Parlement européen semble par exemple assimiler unification et harmonisation du droit dans ses résolutions sur un effort de rapprochement du droit privé des États membres (JOCE, n° C 158/400 du 26 mai 1989) et sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des États membres (JOCE n° C 205/518 du 6 mai 1994). Il utilise en effet indistinctement ces notions. Le Traité de Rome semble également confondre les notions de rapprochement, d'harmonisation et de coordination. Voir dans ce sens G. Jazottes, L'incidence du droit international privé communautaire sur l'ordre communautaire, *LPA*, 2002, n° 248, pp. 38-43, spéc. p. 41 ; A. Jeammaud, Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ?, art. préc., pp. 35-56, spéc. p. 37 ; R. Monaco, Comparaison et rapprochement des législations dans le marché commun européen, *R.I.D.C.*, 1960, p. 61 ; N. Catalano, La Communauté économique européenne et l'unification, le rapprochement et l'harmonisation des droits des États membres, art. préc., p. 5 ; R. Rodière, L'harmonisation des législations européennes dans le cadre de la CEE, *R.T.D. eur.*, 1965, p. 350 ; R. Vander Elst, Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne, art. préc., spéc. p. 1.

¹¹¹ F. Osman, Codification, unification, harmonisation du droit en Europe : un rêve en passe de devenir réalité ?, art. préc., spéc. p. 26.

¹¹² A. Jeammaud, Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ?, art. préc., spéc. p. 48.

¹¹³ Sur l'idée d'une hiérarchie entre ces différentes notions voir R. Vander Elst, Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne, art. préc., spéc. p. 14.

de substitution¹¹⁴. L'uniformisation est une notion dite amphibologique parce que sa définition emprunte tant à celle de l'unification qu'à celle de l'harmonisation¹¹⁵. Elle s'entend en effet comme l'insertion de règles identiques dans des droits nationaux demeurant distincts¹¹⁶. Elle injecte donc une touche d'unité par incorporation et non par substitution. En d'autres termes, elle intègre des règles dans les systèmes juridiques sans pour autant remplacer celles d'origine interne. L'harmonisation tend à « l'adoption de principes ou de solutions similaires auxquels les Etats peuvent parvenir par des techniques diversifiées »¹¹⁷. La coordination vise à organiser le pluralisme juridique en instaurant des relations¹¹⁸ équilibrées entre des normes et des systèmes juridiques différents sans modifier le fond du droit¹¹⁹. En d'autres termes, l'unification et l'uniformisation reposent sur la « stratégie de l'identité » tandis que l'harmonisation et la coordination relèvent de la « stratégie de l'entente »¹²⁰.

25. Le lien étroit qu'entretient le droit de la famille avec la culture, l'histoire et les mœurs de chaque nation a longtemps rendu difficile un possible rapprochement des droits nationaux en la matière. C'est désormais une réalité en pleine progression¹²¹ et une nécessité, qui permettent de s'interroger sur l'existence possible d'un droit européen de la famille. Cette question requiert l'analyse des facteurs à l'origine du rapprochement des droits nationaux de la famille ainsi que la détermination de son étendue.

¹¹⁴ A. Rieg, L'harmonisation européenne du droit de la famille : mythe ou réalité ?, dans *Conflits et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Éditions universitaires Fribourg, 1990, pp. 473-499, spéc. p. 473 ; S. Poillot-Peruzzetto, La diversification des méthodes de coordination des normes nationales, *LPA*, 2004, n° 199, pp. 17-31, spéc. p. 18. Voir également M. Delmas-Marty, Le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine, dans B. Fauvarque-Cosson (dir.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparée, 2003, p. 39.

¹¹⁵ R. Vander Elst, Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne, art. préc., spéc. p. 14.

¹¹⁶ A. Jemmaud, Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ?, art. préc., spéc. p. 41.

¹¹⁷ A. Rieg, L'harmonisation européenne du droit de la famille : mythe ou réalité ?, art. préc., spéc. p. 473. Voir également J. Boulouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Montchrestien, 1997, spéc. p. 254 et M. Delmas-Marty, Le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine, art. préc., spéc. p. 39.

¹¹⁸ Voir sur la notion de coordination entendue comme méthode « relationnelle », J. Molinier, Les méthodes en droit communautaire, dans S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *Vers une culture juridique européenne ?*, Montchrestien, 1998, pp. 111-120, spéc. p. 115.

¹¹⁹ G. Jazottes, L'incidence du droit international privé communautaire sur l'ordre communautaire, art. préc., spéc. p. 41. Voir également R. Vander Elst, Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne, art. préc., spéc. p. 5 ; S. Poillot-Peruzzetto, La diversification des méthodes de coordination des normes nationales, art. préc., spéc. p. 18.

¹²⁰ Voir dans ce sens, C.P. Pampoukis, Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé, *R.C.A.D.I.* 2007, t. 330, spéc. p. 43.

¹²¹ S. Grataloup, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, L.G.D.J., 1998, spéc. p. 33 ; M. Rosaria Marella, The Non-Subversive Function of European Private Law : The Case of Harmonisation of Family Law, *E.L.J.*, 2006, vol. 12, n° 1, pp. 78-105.

26. Le rapprochement implique une convergence des points de vue. Or plusieurs facteurs semblent de prime abord constituer un obstacle à la réalisation d'un tel objectif. La multiplication des sources européennes est propice au foisonnement de conceptions contradictoires¹²² sur une même question familiale. Chacun des États optant pour la conception qui lui convient le mieux, la diversité des droits nationaux de la famille s'avèrerait donc alimentée par la concurrence des diverses sources européennes. En outre, le nombre relativement important d'États concernés par le processus européen de rapprochement ajoute une nouvelle difficulté, celle de réunir l'accord unanime des États concernés. Le rapprochement des droits nationaux de la famille ne semble donc pas aisé. L'échec de la procédure d'adoption de la proposition de règlement modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale¹²³ permet d'en témoigner. Malgré une absence d'unanimité, certains États n'ont pas abandonné l'idée d'un possible rapprochement en la matière et ont contourné l'obstacle de l'unanimité par le moyen d'une coopération renforcée. C'est donc sur la base d'une interaction des États favorables au rapprochement et des institutions normatives de l'Union européenne qu'a été adopté le règlement (UE) n° 1259/2010¹²⁴. Le rapprochement repose donc moins sur un rapport hiérarchique que sur un réseau¹²⁵ d'échanges réciproques entre les sources européennes nationales et supranationales.

Le rapprochement se décline sous diverses formes. Les deux ordres juridiques européens supranationaux sont réputés privilégier l'une d'elle. Le Conseil de l'Europe, répondant davantage à une logique de coopération a pour seule ambition une harmonisation des droits nationaux autour de valeurs communes. La logique intégrative de l'Union européenne l'a davantage conduite vers une approche unificatrice¹²⁶. L'évolution européenne du droit des contrats permet d'en témoigner. Selon une partie de la doctrine, étrangère ou non,

¹²² Voir dans ce sens, M.-T. Meulders-Klein, Vers une européanisation du droit de la famille ? Une approche politique, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-Conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp. 279-289, spéc. p. 287. Selon l'auteur, « la superposition de trois ordres normatifs nationaux et supranationaux et de trois sortes de contrôle juridictionnel de constitutionnalité ou de conventionalité des normes propres aux pays de la Communauté européenne ne fait qu'accentuer et complexifier l'enchevêtrement des normes et des pouvoirs et le processus de production, d'interprétation et d'application du droit dans les États membres ».

¹²³ COM (2006) 399 final.

¹²⁴ Règlement mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

¹²⁵ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

¹²⁶ S. Poillot-Peruzzetto et A. Marmisse, Le droit international privé communautaire de la famille, *R.A.E.* 2001-2002, pp. 460-468, spéc. p. 460.

l'élaboration d'un droit européen de la famille serait utile aux familles transnationales¹²⁷. Néanmoins, la spécificité culturelle de la matière familiale commandant le respect de la diversité des droits ne permet pas une unification du droit substantiel de la famille. L'Europe, et plus particulièrement l'Union européenne, a tenu compte des difficultés soulevées par les contentieux familiaux contenant un élément d'extranéité et procédé à un rapprochement des droits sans recourir à la technique de l'unification. Elle a en effet pallié les difficultés liées à la diversité des droits nationaux par le moyen d'une coordination des droits. Le rapprochement des droits nationaux de la famille ne se cantonne pas au droit international privé, il touche également le fond du droit de la famille par l'intégration des principes fondamentaux européens dans cette matière. La promotion européenne des droits fondamentaux au sein des relations familiales participe d'une évolution convergente des droits nationaux de la famille autour des principes d'égalité et de liberté. En d'autres termes, la fondamentalisation¹²⁸ du droit contribue à une harmonisation européenne du droit de la famille transfrontière ou non. Si l'intensité du rapprochement des droits nationaux de la famille varie, c'est parce qu'il repose sur des facteurs distincts. Ainsi conviendra-t-il de mettre en lumière les diverses figures du rapprochement (**première partie**) avant d'en présenter la portée variable (**seconde partie**).

¹²⁷ K. Boele-Woelki, The road towards a european family-law, *E.J.C.L.*, nov. 1997, vol. 1.1., consultable sur: <http://www.ejcl.org/11/abs11-1.html>, voir les références étrangères citées dans l'article ; N. Dethloff, Arguments for the unification and harmonisation of family law in Europe, dans K. Boele-Woelki (éd.), *Perspectives for the unification and harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 37-64, spéc. p. 37. Voir également les objectifs poursuivis par la Commission de droit européen de la famille (CEFL). Cette Commission, constituée d'universitaires provenant de divers États européens, a été fondée en septembre 2001 en vue de réfléchir à une possible harmonisation du droit de la famille en Europe afin de faciliter la libre circulation au sein de l'Europe. Travaux consultables sur : <http://www.ceflonline.net/>

¹²⁸ K. Garcia, *Le droit civil européen. Nouvelle matière, nouveau concept*, Larcier, 2008, spéc. n° 537 et s.

PREMIÈRE PARTIE

LES FIGURES DIVERSES DU RAPPROCHEMENT

27. Les sources du droit de la famille sont plurielles. Aussi, plusieurs normes d'origines diverses peuvent-elles se concurrencer sur un même sujet. Face à ce « pluralisme juridique »¹²⁹, il est traditionnellement fait appel à la hiérarchie des normes¹³⁰ pour procéder à leur ordonnancement. L'application du principe hiérarchique implique que l'ordre juridique inférieur s'incline devant celui qui lui est supérieur. On entend par ordre juridique, « l'ensemble ordonné et structuré de tous les éléments qui contribuent à la construction du droit »¹³¹ national ou supranational, ce qui permet donc d'inclure tant les textes législatifs que la jurisprudence propres au Conseil de l'Europe, à l'Union européenne, mais aussi à chaque Etat européen. Les ordres juridiques nationaux se situant à un rang inférieur à celui des ordres juridiques du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, les législateurs et juges internes sont tenus de faire évoluer le droit de la famille en conformité avec le droit et la jurisprudence européenne supranationale. Le système pyramidal conduirait donc à conclure que le droit de la famille serait principalement d'essence supranationale. Dans une matière aussi profondément attachée aux identités nationales, ce schéma restrictif des relations entre ordre juridique exacerberait les sensibilités nationales et, corrélativement, compromettrait le processus de rapprochement.

28. Le principe hiérarchique est donc insuffisant¹³² pour caractériser les relations qu'entretiennent les divers ordres juridiques européens en droit de la famille. Il l'est à deux égards. D'une part, parce qu'il ne s'applique pas aux rapports entre les deux ordres juridiques européens supranationaux¹³³. Et d'autre part, parce qu'il réduit les relations entre les ordres

¹²⁹ F. Rigaux, *Introduction à la science du droit*, Vie ouvrière, 1974, p. 364.

¹³⁰ Théorie développée par H. Kelsen, dans *Théorie pure du droit*, trad. par Ch. Eisenmann, L.G.D.J., 1999 et dominant la pensée juridique. Voir notamment P. Puig, Hiérarchie des normes : du système au principe, *R.T.D. civ.* 2001, pp. 749-794.

¹³¹ V. Lasserre-Kiesow, L'ordre des sources ou le renouvellement des sources, *D.* 2006, doct., pp. 2279-2287, spéc. p. 2280.

¹³² Voir dans ce sens, S. Poillot-Peruzzetto, La diversification des méthodes de coordination des normes nationales, *LPA*, 2004, n° 199, pp. 17-31, spéc. p. 17.

¹³³ Le Traité de Lisbonne entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 permet l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Toutes les modalités procédurales de l'adhésion

juridiques européens supranationaux et les ordres juridiques nationaux à un mouvement vertical d'ascendance des premiers sur les seconds.

29. Leurs relations sont en effet beaucoup plus complexes et la production du droit de la famille semble davantage relever d'un modèle « plus "enchevêtré", celui du réseau »¹³⁴. La structure linéaire du modèle pyramidal induisant seulement des relations à sens unique ne reflète pas la réciprocité des rapports entretenus par les divers ordres juridiques européens qu'ils soient supranationaux ou nationaux¹³⁵. Or, la conception du droit de la famille est de plus en plus le résultat d'influences croisées, c'est-à-dire d'« interpénétrations »¹³⁶, entre ces divers ordres juridiques¹³⁷. Cette réciprocité des échanges témoigne du dialogue qui existe tant entre les deux ordres juridiques européens supranationaux (**titre 1**) qu'entre l'ensemble des divers ordres juridiques européens (**titre 2**).

n'ayant pas encore été réglées, elle n'est pas encore effective. Cette adhésion nécessite, en effet, l'établissement d'un « accord d'adhésion » qui devra être ratifié par tous les Etats parties à la Conv. ESDH et par l'UE. Néanmoins, lorsque l'adhésion se réalisera, l'Union européenne sera soumise au contrôle de conventionnalité de ses actes. Le principe hiérarchique sera donc applicable dans les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne uniquement en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux.

¹³⁴ F. Ost et M. van de Kerchove, De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ?, *R.I.E.J.* 2000. 44, pp. 1-82, spéc. p. 1.

¹³⁵ N. MacCormick, *Questioning sovereignty*, Oxford University Press, 1999, p. 117. Selon l'auteur, « L'analyse la plus appropriée des relations entre les différents systèmes juridiques est pluraliste et non moniste, interactive et non hiérarchique ».

¹³⁶ M. Virally, Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes, dans *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Pedone, 1965, op. cit., spéc. p. 491.

¹³⁷ D'autres auteurs parlent de « fertilisation croisée » (« cross-fertilization »), H. Smit, The universalization of private law, dans *Les sources du droit. Aspects contemporains*, Actes du colloque organisé par le centre d'études des droits du monde arabe, des 11 et 12 mai 2006, Société de législation comparée, 2007, pp. 335-353, spéc. p. 350 ; B. Fauvarque-Cosson et W. van Gerven, La convergence des droits en Europe, *LPA*, 2007, n° 79, pp. 63-81, spéc. p. 70.

TITRE 1

LE DIALOGUE ENTRE LES DEUX ORDRES JURIDIQUES EUROPEENS SUPRANATIONAUX

30. Le nombre croissant d'initiatives normatives européennes concernant la question familiale témoigne de l'intérêt que le Conseil de l'Europe et l'Union européenne lui prêtent. Cette attention européenne paraît déconcertante au regard de l'objectif initial guidant l'action de ces deux organisations. C'est en effet la volonté de bâtir une union plus étroite entre les peuples européens au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale qui est à l'origine de la construction des deux Europe¹³⁸. Elles abordèrent la question par deux approches différentes. L'une, la grande Europe¹³⁹, a construit les fondements de cette union sur la garantie de la démocratie et de l'Etat de droit tandis que l'autre, la petite Europe¹⁴⁰, a bâti les fondations de cette union sur la création d'un marché commun. Aucune des perspectives adoptées par les deux Europe ne laissait présager leur intervention dans le domaine du droit de la famille. Aussi, demeure-t-il opportun de s'interroger sur les fondements juridiques de cette intervention.

31. Le Conseil de l'Europe a été la première organisation européenne à s'intéresser à la sphère familiale. Elle l'a fait sur la base de son statut fondateur. L'Union européenne s'est préoccupée des questions familiales beaucoup plus tardivement. Compte tenu de la vocation essentiellement économique de la Communauté, la matière familiale semblait bien loin des préoccupations de l'Europe communautaire à l'époque des traités fondateurs¹⁴¹. Si elle était

¹³⁸ Les deux organisations évoquent encore régulièrement cet objectif dans les instruments qu'elles adoptent. Voir notamment pour l'Union européenne le préambule du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, J.O. n° C 83/47 du 30 mars 2010 ; pour le Conseil de l'Europe voir la Convention européenne en matière d'adoption des enfants révisée du 27 novembre 2008, STCE n° 202.

¹³⁹ Il s'agit du Conseil de l'Europe, lequel regroupe 47 Etats. *Europe*, Traité, fasc. 6100, p. 4.

¹⁴⁰ Il s'agit de l'Union européenne, laquelle regroupe 27 Etats membres. *Europe*, Traité, fasc. 6100, p. 4.

¹⁴¹ Il s'agit des traités constitutifs à l'origine de la construction communautaire renvoyant donc au Traité de Paris instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) signé le 18 avril 1951 et entré en vigueur le 23 juillet 1952 ainsi qu'aux Traités de Rome instituant la Communauté économique européenne (CEE) et la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA ou Euratom) signés le 25 mars 1957 et entrés en vigueur le 14 janvier 1958.

parfois évoquée, ce n'était qu'accessoirement à la mise en œuvre d'une politique du Marché commun. Il a fallu attendre les traités modificatifs¹⁴² pour que l'Union européenne adopte une nouvelle dimension plus proche des intérêts des ressortissants européens. Les traités de Maastricht et surtout le Traité d'Amsterdam ont attribué de nouvelles compétences à la Communauté en développant de nouveaux objectifs. Ce sont ces nouveaux objectifs qui ont permis l'intrusion du droit de l'Union européenne dans le droit de la famille.

32. Si initialement les deux Europe se distinguaient par leurs finalités institutionnelles, ces deux organisations ont développé, au gré de leur construction, une même ambition : celle de construire un véritable espace de justice européen où les personnes circulent librement dans le respect de leurs droits et statuts familiaux. C'est à travers cet idéal commun que les deux ordres juridiques européens supranationaux semblent pénétrer le droit de la famille. Cette ambition partagée pourrait compromettre tout dialogue en réduisant leurs relations à un rapport de concurrence (**chapitre 1**). Néanmoins, il s'avère que les deux Europe co-existent harmonieusement¹⁴³ lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre cet objectif (**chapitre 2**).

¹⁴² Il s'agit de l'ensemble des traités complémentaires portant révision des traités originaux et ayant pour finalité de les moderniser, de les aménager ou de les compléter sans les remettre en cause de manière fondamentale c'est-à-dire l'Acte unique européen (AUE), signé à Luxembourg et à La Haye les 17 et 28 février 1986 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987, le Traité sur l'Union européenne (UE), signé à Maastricht le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, le Traité d'Amsterdam signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, le Traité de Nice signé le 26 février 2001 et entré en vigueur le 1^{er} février 2003 et le Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

¹⁴³ B. Genevois, La Convention et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : complémentarité ou concurrence ?, *LPA*, 2010, n° 254, pp. 17-25, spéc. p. 18.

Chapitre 1

LA CONCURRENCE DES ORDRES JURIDIQUES EUROPEENS SUPRANATIONAUX

33. La concurrence s'entend comme la rivalité entre deux personnes qui poursuivent le même objectif. En l'occurrence, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne entendent tous deux créer un véritable espace de justice pour la famille c'est-à-dire établir, au bénéfice de la famille, un langage juridique commun applicable dans toute l'Europe. Les textes fondateurs du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne ne portent pas la trace formelle d'une compétence directe en la matière. Cette compétence est extraite, pour la première organisation, de son statut créateur et, pour la seconde des traités fondateurs modificatifs. Plus précisément, elle est le résultat de la construction d'un espace juridique commun du côté du Conseil de l'Europe (**section 1**) et de la construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice du côté de l'Union européenne (**section 2**).

Section 1 : La construction d'un espace juridique commun par le Conseil de l'Europe

34. C'est la volonté de pacifier les relations entre les Etats européens en sauvegardant la démocratie et en développant la coopération internationale qui est à l'origine de la constitution du Conseil de l'Europe¹⁴⁴. Le Statut du Conseil de l'Europe¹⁴⁵, adopté le 5 mai 1949 à Londres, précise le but de l'organisation et fixe son domaine de compétence. Conformément à son article premier, le Conseil de l'Europe vise la réalisation d'une union plus étroite entre ses Etats membres en favorisant leur coopération par l'adoption de règles communes dans les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif, ainsi que par la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁴⁶.

Le Conseil de l'Europe a donc voulu dès sa création établir un espace juridique commun en se fondant sur une communauté de valeurs et de droit ainsi qu'en harmonisant les droits des Etats membres autour de principes communs. Son mandat statutaire en matière de coopération juridique (§1) et en matière de protection des droits de l'homme (§2) lui a permis de se saisir de la question familiale.

§ 1. La promotion de la coopération juridique

35. La coopération juridique est l'un des fondements sur lesquels s'appuie le Conseil de l'Europe afin de légitimer son intervention en droit de la famille. En effet, si le Statut du Conseil de l'Europe ne fait pas apparaître de compétence directe en matière familiale, c'est l'acceptation large de l'objectif statutaire de coopération juridique qui lui a permis d'appréhender la matière (A). L'intérêt qu'il porte à la coopération juridique en matière

¹⁴⁴ Préambule du Statut du Conseil de l'Europe.

¹⁴⁵ STE n° 001. La « Série des traités européens » (STE), prolongée par la « Série des traités du Conseil de l'Europe » (STCE) à partir de 2004, regroupent l'ensemble des traités élaborés au sein de l'organisation. Chaque traité se voit attribué chronologiquement un numéro.

¹⁴⁶ L'art. 1^{er} a et b du Statut du Conseil de l'Europe dispose : « Le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social. Ce but sera poursuivi au moyen des organes du Conseil, par l'examen des questions d'intérêt commun, par la conclusion d'accords et par l'adoption d'une action commune dans les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif, ainsi que par la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

familiale est tel que le Conseil de l'Europe s'est doté de nombreux organes spécialisés apportant leur contribution à la réalisation de cet objectif **(B)**.

A. L'acception large du champ d'application de la coopération juridique

36. Conformément à l'article premier du Statut du Conseil de l'Europe, « le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social. Ce but sera poursuivi au moyen des organes du Conseil, par l'examen des questions d'intérêt commun, par la conclusion d'accords et par l'adoption d'une action commune dans les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif ».

37. A première vue la question familiale ne figure pas expressément dans le champ de compétence matérielle du Conseil de l'Europe. Sa mission, fondamentalement destinée à garantir la démocratie et la justice par la collaboration des Etats membres, est *a priori* étrangère aux relations familiales, lesquelles relèvent plus de la sphère privée que du domaine public et diplomatique. En outre, les domaines expressément visés par la coopération des Etats membres semblent exclure la matière familiale puisque seuls sont concernés les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif. Néanmoins, la formulation générale de son domaine d'intervention en matière de coopération juridique lui offre un large éventail de compétence¹⁴⁷. En effet, seules les questions relatives à la défense nationale sont expressément exclues¹⁴⁸ de sa compétence. L'objectif d'une telle coopération juridique consiste en la recherche par les Etats parties de règles de droit minimales communes aux problèmes liés à l'évolution de la société. Il peut ainsi couvrir un vaste champ de matières juridiques¹⁴⁹ et abordé tous les aspects de la vie quotidienne des citoyens et des résidents de l'Europe tels que le travail, les prestations sociales, la discrimination, la santé, l'éducation, mais aussi la famille.

¹⁴⁷ J.-L. Burban, *Le Conseil de l'Europe*, PUF, QSJ, 2^e éd., 1993, spéc. p. 18 et 19.

¹⁴⁸ Art.1^{er}, point d, du Statut du Conseil de l'Europe.

¹⁴⁹ M.-O. Wiederkehr, *Le Conseil de l'Europe, l'harmonisation du droit et la notion d'espace démocratique européen*, dans C. Schneider (dir.), *Le Conseil de l'Europe, acteur de la recomposition du territoire européen*, Cahiers de l'espace Europe, 1997, n° 10, spéc. point. 4.

38. Même si le Statut du Conseil de l'Europe ne vise pas formellement la question familiale, celle-ci est ainsi appréhendée indirectement sous l'angle de la coopération juridique¹⁵⁰. Conscient non seulement de l'importance de la famille pour les Etats membres¹⁵¹, mais aussi du phénomène de l'internationalisation des familles, le Conseil de l'Europe a jugé très tôt utile de déployer sa mission de coopération juridique dans cette branche spécifique du droit. Selon l'organisation, la matière familiale se prête à la coopération européenne puisque, d'une part, elle « traite de questions étroitement liées à la vie privée de toutes les personnes » et, d'autre part, parce que « certains problèmes concernant la famille ne peuvent être résolus uniquement dans un cadre national car, de par leur nature même, ils dépassent les frontières nationales »¹⁵².

39. L'organisation multiplie ainsi depuis plus de quarante ans les initiatives en faveur d'une harmonisation des législations nationales sur la base de principes communs en vue de protéger juridiquement la famille et ses membres¹⁵³. Nombre d'instruments adoptés en la matière par le Conseil de l'Europe se réfèrent dans leur préambule à l'article 1^{er} du Statut du Conseil de l'Europe¹⁵⁴. C'est ainsi que les Conventions européennes¹⁵⁵, à l'instar des résolutions et recommandations¹⁵⁶ élaborées au sein de l'organisation et ayant trait à la

¹⁵⁰ E. Harremoës, *Le Conseil de l'Europe et le droit de la famille*, art. préc., spéc. p.11.

¹⁵¹ M. Killerby, *The Council of Europe's Contribution to Family Law (Past, Present and Future)*, dans *Families across Frontiers*, N. Lowe et G. Douglas (éd.), 1996, Kluwer Academic Publishers, pp. 13-25, spéc. p. 13.

¹⁵² Voir le site du Conseil de l'Europe, rubriques Droits de l'Homme et affaires juridiques, Activités normatives, Droit de la famille et droits des enfants.

Consultable sur http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Introduction_fr.asp

¹⁵³ Voir Réalisations du Conseil de l'Europe dans le domaine juridique, Droit de la famille et la protection des enfants, préparé par le Secrétariat de la Direction Générale des Droits de l'Homme et des Affaires juridiques, Strasbourg, Août 2008, CJ-FA (2008) 2.

¹⁵⁴ Voir Rapport à l'attention du Comité d'experts sur le droit de la famille comportant une évaluation des instruments du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la famille préparé par le Professeur Nigel Lowe, 5 déc. 2006, CJ-FA (2006) 1 rév.

¹⁵⁵ Telles la Convention européenne en matière d'adoption des enfants adoptée le 24 avril 1967 à Strasbourg, STE n° 058, entrée en vigueur le 26 avril 1968, ratifiée par 16 Etats membres, signée le 24 avril 1967 par la France, mais non ratifiée; la Convention relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments adoptée à Bâle le 16 mai 1972, STE n° 077, entrée en vigueur le 20 mars 1976, ratifiée par 12 Etats membres dont la France; la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage adoptée le 15 octobre 1975 à Strasbourg, STE n° 085, entrée en vigueur le 11 août 1978, ratifiée par 23 Etats membres, signée le 2 septembre 1977 par la France, mais non ratifiée; la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants adoptée à Strasbourg le 25 janvier 1996, STE n° 160, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2000, ratifiée par 17 Etats membres dont la France.

¹⁵⁶ Résolution (77) 33 sur le placement des enfants adoptée par le CM le 3 novembre 1977 ; Résolution (78) 37 sur l'égalité des époux en droit civil adoptée par le CM le 27 septembre 1978 ; Recommandation n° R (81) 15 concernant les droits des époux relatifs à l'occupation du logement de la famille et à l'utilisation des objets du ménage adoptée par le CM le 16 octobre 1981 ; Recommandation n° R (82) 2 relative au versement par l'Etat d'avances sur les aliments dus aux enfants adoptée par le CM le 4 février 1982 ; Recommandation n° R (84) 4 sur les responsabilités parentales adoptée par le CM le 28 février 1984 ; Recommandation n° R (87) 6 sur les familles nourricières adoptée par le CM le 20 mars 1987 ; Recommandation n° R (88) 3 sur la validité des

question familiale, évoquent le « but du Conseil de l'Europe...de réaliser une union plus étroite entre ses membres, notamment en favorisant [ou en incitant à] l'adoption de règles communes dans le domaine juridique », ceci « afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social ».

40. Nul ne contestera en effet que le droit de la famille est une matière juridique marquée par la diversité des règles d'un Etat membre à l'autre. Convaincus de l'importance de la famille comme pilier de la société et confrontés aux mêmes enjeux familiaux nés de l'évolution de la société, les Etats membres ont encouragé la mise en œuvre de la coopération juridique dans le domaine du droit de la famille. Ils l'ont fait lors de divers rassemblements politiques organisés au sein du Conseil de l'Europe, tels les sommets de chefs d'Etat et de Gouvernement ou les conférences des ministres européens de la justice ou des affaires familiales¹⁵⁷. Ces assemblées politiques ont fait du droit de la famille un véritable « pôle d'attention »¹⁵⁸ pour le Conseil de l'Europe. Il suffit de consulter le plan d'action¹⁵⁹ du Troisième Sommet des Chefs d'Etat et de gouvernement organisé par le Conseil de l'Europe en mai 2005 à Varsovie pour s'en convaincre. Ce texte a mis l'accent sur l'opportunité de s'engager dans de nouvelles activités intergouvernementales de coopération juridique en droit de la famille et plus particulièrement concernant les droits de l'enfant.

B. Les organes spécialisés dans la coopération juridique en matière familiale

41. La coopération juridique est assurée par les principaux organes du Conseil de l'Europe : le Comité des Ministres (1) et l'Assemblée Consultative¹⁶⁰, dénommée Assemblée parlementaire (2) depuis le 24 septembre 1974.

contrats entre les personnes vivant ensemble en tant que couple non marié et de leurs dispositions testamentaires adoptée par le CM le 7 mars 1988 ; Recommandation n° R (89) 1 sur les prestations après divorce adoptée par le CM le 18 janvier 1989 ; Recommandation n° R (98) 8 sur la participation des enfants à la vie familiale et sociale adoptée par le CM le 18 septembre 1998 ; Recommandation Rec (2005) 5 relative aux droits des enfants vivant en institution adoptée par le CM le 16 mars 2005 et Recommandation Rec (2006) 19 relative aux politiques visant à soutenir une parentalité positive adoptée par le CM le 13 décembre 2006.

¹⁵⁷ Voir *infra* n° 344 et s.

¹⁵⁸ Voir préambule du projet d'instrument sur les droits et le statut juridique des enfants et les responsabilités parentales, 20 avril 2010, CJ-FA-GT3(2010) 2.

¹⁵⁹ CM (2005) 80 final, spéc. Chap. I.3 et Chap.III. 2. Consultable sur :

http://www.coe.int/t/dcr/summit/20050517_plan_action_fr.asp

¹⁶⁰ Art.10 du Statut du Conseil de l'Europe, STE n° 001.

1. Les organes spécialisés du Comité des Ministres

42. Le Comité des Ministres est, conformément à l'article 13 du Statut, l'instance de décision du Conseil de l'Europe. Il a pour mission de prendre les mesures destinées à réaliser les objectifs assignés au Conseil de l'Europe. Ces mesures prennent la forme de recommandations aux Etats membres, de résolutions ou d'accords internationaux¹⁶¹. Le Comité des Ministres est assisté, dans le cadre de la rédaction de ces textes, d'organes subsidiaires spécialisés¹⁶². Pour optimiser sa compétence en matière de coopération juridique, le Comité des Ministres, s'est en effet doté, sur le fondement de l'article 17 du Statut du Conseil de l'Europe¹⁶³, de comités directeurs, amenés à coopérer activement entre eux par le biais de projets conjoints ou multidisciplinaires. Parmi ceux qui concourent à l'élaboration de normes juridiques dans le domaine familial, figurent notamment, le comité européen de coopération juridique **(a)**, le comité européen pour la cohésion sociale **(b)** et le comité directeur pour l'égalité entre les femmes et les hommes **(c)**.

a. Le comité européen de coopération juridique (CDCJ)

43. Le CDCJ est responsable depuis 1963 des activités de coopération juridique du Conseil de l'Europe. Conformément à son mandat, la définition des priorités de la politique de coopération juridique dans les domaines du droit public et du droit privé relève de sa compétence. Il est notamment chargé de promouvoir les réformes et la coopération juridiques en droit administratif, en droit civil, en droit de la famille, en matière de protection des données, de justice et de nationalité. Le droit de la famille et les droits des enfants, figurent parmi les priorités d'action du CDCJ¹⁶⁴. Compte tenu de l'étendue de sa compétence en matière de coopération juridique, ce dernier a jugé utile de créer des sous-comités spécialisés, tels le Comité d'experts sur le droit de la famille **(1°)** et le groupe de spécialistes sur une justice adaptée aux enfants **(2°)**.

¹⁶¹ Art.15 du Statut du Conseil de l'Europe, STE n° 001.

¹⁶² Résolution (2005) 47 concernant les comités et les organes subordonnés, leur mandat et leurs méthodes de travail adoptée par le CM le 14 décembre 2005.

¹⁶³ L'article 17 du Statut du Conseil de l'Europe dispose : « Le Comité des Ministres peut constituer, à toutes fins qu'il jugera désirables, des comités ou commissions de caractère consultatif ou technique ».

¹⁶⁴ Voir notamment le mandat révisé du CDCJ de 2007, CM/Del/Dec (2007) 1006/ 10.1ab /annexe10F ; les plans d'action du CDCJ pour 2010 et 2011, CDCJ (2009) 18 rév. et CDCJ (2010) 15 rév.; ainsi que le mandat du CDCJ pour 2011, CDCJ (2011) 1.

1°) Le Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA)

44. Le CJ-FA, placé sous l'autorité directe du CDCJ, est chargé, depuis plus de 40 ans, des activités intergouvernementales du Conseil de l'Europe dans le domaine de la protection juridique de la famille. Il est composé de représentants spécialisés dans le domaine du droit de la famille des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe. Il a pour tâche de promouvoir un espace de normes juridiques communes dans le domaine du droit de la famille à travers l'Europe en soumettant au CDCJ des propositions dans ce sens dans les différentes matières intéressant la question familiale et en assurant la bonne mise en œuvre des instruments internationaux du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la famille¹⁶⁵.

Il a ainsi contribué à la rédaction de nombreux instruments adoptés par le Comité des Ministres¹⁶⁶, telles notamment, les recommandations sur l'égalité des époux en droit civil, sur les responsabilités parentales, sur la validité des contrats entre les personnes vivant ensemble, sur la médiation familiale, mais aussi la convention sur les relations personnelles¹⁶⁷ et, plus récemment, la nouvelle convention européenne en matière d'adoption des enfants¹⁶⁸. Conformément à son mandat pour l'année 2010¹⁶⁹, le CJ-FA a formé un groupe de travail chargé de rédiger un ou plusieurs instruments juridiques sur les droits et le statut juridique des enfants et les responsabilités parentales¹⁷⁰.

2°) Le groupe de spécialistes sur une justice adaptée aux enfants (CJ-S-CH)

45. La protection des droits de l'enfant est un sujet prioritaire pour le Conseil de l'Europe depuis le Sommet de Varsovie. Il a en effet été décidé, à son issue, de lancer le programme « Construire une Europe pour et avec les enfants ». Celui-ci vise à promouvoir les droits de l'enfant et à éliminer toute forme de violence contre les enfants. Les Ministres européens de la

¹⁶⁵ Mandat du CJ-FA pour 2011, CJ-FA (2011) 1.

¹⁶⁶ A. Isola, Les principes d'organisation familiale posés par la « législation » issue du Conseil de l'Europe, dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, op. cit., pp. 31-44, spéc. pp. 39-40.

¹⁶⁷ Cette convention a été préparée par le groupe de travail sur la garde et le droit de visite constitué par le CJ-FA en 1996. Voir le rapport explicatif de la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants, STE n° 192, consultable sur : <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Reports/Html/192.htm>

¹⁶⁸ Cette convention a été préparée par le groupe de travail sur l'adoption, créé en 2003. Elle a été adoptée à Strasbourg le 27 novembre 2008. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2011 et a été ratifiée par 3 Etats membres. Voir le rapport explicatif de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée), STCE n° 202. Consultable sur :

<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/202/htm>

¹⁶⁹ CJ-FA (2010) 1.

¹⁷⁰ CJ-FA-GT3 (2010) 2. Voir également CJ-FA (2011) RAP 4.

justice ont corrélativement adopté la résolution n° 2 « sur une justice adaptée aux enfants »¹⁷¹ lors de leur 28^e Conférence à Lanzarote en 2007. Cet instrument invite le Conseil de l'Europe à rédiger un texte mettant l'accent sur l'accès des enfants à la justice civile et sur leur place dans les procédures judiciaires et extrajudiciaires. En conséquence, le Comité des ministres a chargé le CDCJ de préparer des lignes directrices qui devront servir d'instrument pratique pour les Etats membres dans le processus d'adaptation de leur système judiciaire aux besoins spécifiques des enfants dans le domaine de la justice civile, pénale et administrative. Pour l'aider dans cette mission, le CDCJ a créé le CJ-S-CH¹⁷² en 2009, lequel a présenté le 30 juin 2010 un projet final de lignes directrices sur une justice adaptée aux enfants¹⁷³, qui ont été adoptées par le Comité des Ministres le 17 novembre 2010¹⁷⁴.

b. Le comité européen pour la cohésion sociale (CDCS)

46. Le CDCS, constitué en 1998, est chargé de mettre en œuvre et développer la « Stratégie de cohésion sociale » approuvée par le Comité des Ministres, de coordonner, guider et stimuler la coopération entre les Etats membres en vue de promouvoir les normes sociales définies dans la Charte sociale européenne et dans d'autres instruments du Conseil de l'Europe. La cohésion sociale est considérée par le Conseil de l'Europe comme étant la condition essentielle pour la sécurité démocratique, un des besoins prioritaires pour une Europe élargie et un complément essentiel pour la promotion des droits de l'homme et de la dignité¹⁷⁵. Au sens du Conseil de l'Europe, la cohésion sociale est la capacité d'une société à assurer le bien-être de tous ses membres et notamment celui des membres de la famille les plus vulnérables (enfants et familles monoparentales).

En raison de sa compétence, le CDCS a rédigé et récemment révisé la « Stratégie de cohésion sociale » qui fixe les principales orientations du travail de l'organisation dans ce domaine. Parmi ces orientations figure celle de soutenir les familles, d'encourager les solidarités familiales et d'aider les familles à remplir leur fonction¹⁷⁶. L'accent est mis sur la poursuite des travaux tendant à la promotion des droits des enfants au sein de la société et de

¹⁷¹ MJU-28(2007)Resol.2F, [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju28/MJU-28\(2007\)Resol2F.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju28/MJU-28(2007)Resol2F.pdf)

¹⁷² Voir le mandat pour 2009, CJ-S-CH (2009) 1.

¹⁷³ CJ-S-CH (2010) 12.

¹⁷⁴ COM (2010) 147 add3final.

¹⁷⁵ Voir Déclaration finale du deuxième sommet des chefs d'Etat et de gouvernement, CM (97) 169

¹⁷⁶ Voir Stratégie de cohésion sociale révisée approuvée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 31 mars 2004, partie I, d), point 36. Consultable sur :

http://www/coe.int/t/dg3/socialpolicies/socialcohesiondev/source/RevisedStrategy_fr.pdf

la famille¹⁷⁷. Ce rôle crucial de la famille pour le maintien de la cohésion sociale a été rappelé lors du troisième sommet des chefs d'Etats et de gouvernement des Etats membres.

47. Pour mener à bien son mandat, le CDCS est assisté d'un certain nombre de comités subordonnés, à composition restreinte, ayant reçu pour mandat d'étudier des questions spécifiques relevant de la compétence du comité directeur. Parmi eux, figure notamment le Comité d'experts sur les politiques sociales pour les familles et les enfants (CS-SPFC). Il a été chargé jusqu'en juin 2009 de mener des activités en matière de politique familiale en vue de définir et d'évaluer les moyens permettant de renforcer la coopération en la matière¹⁷⁸.

Ce comité a pris la relève du Comité d'expert sur l'enfance et la famille (CS-EF) créé à la suite du forum pour l'enfance et la famille. Ce dernier a été, entre 2001 et 2004, l'instance chargée des activités dans ce domaine et s'est penché sur de nombreuses questions telles la conciliation de la vie privée et de la vie professionnelle, les châtements corporels au sein de la famille, les médiateurs pour enfant, la participation des enfants à la prise de décision et le placement des enfants en institution et leur accueil de jour. Il a sensibilisé de nombreuses instances du Conseil de l'Europe aux droits de l'enfant et a été chargé jusqu'en décembre 2006 de promouvoir, en la matière, la coopération européenne et les échanges entre les Etats membres. Créé en 2000 pour traiter et discuter de sujets liés à l'enfance et à la famille, il a notamment développé le programme « Priorités pour les enfants et les familles »¹⁷⁹.

c. Le comité directeur pour l'égalité entre les femmes et les hommes (CDEG)

48. Le CDEG, créé par le Comité des Ministres en 1992, est l'instance intergouvernementale responsable de la définition, de l'impulsion, et de la conduite de l'action du Conseil de l'Europe pour réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes¹⁸⁰. La Déclaration sur l'égalité entre les femmes et les hommes du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, en date du 16 novembre 1988, définit le principe de l'égalité des femmes et des hommes comme un droit de la personne humaine, une condition essentielle de la démocratie et une exigence de la justice sociale. L'« importance d'une représentation plus équilibrée des hommes et des femmes dans tous les secteurs de la société » a été soulignée dans la

¹⁷⁷ Stratégie de cohésion sociale révisée, doc.préc., partie II, point 53.

¹⁷⁸ Mandat du CS-SPFC, CM/Del/Dec(2007)995/6.1/ annexe2F. Pour la prolongation de mandat, voir CM (2008) 136 F.

¹⁷⁹ Voir Stratégie de cohésion sociale révisée, préc., partie II, point 47.

¹⁸⁰ http://www.coe.int/t/dghl/Standardsetting/equality/04CDEG/index_fr.asp

Déclaration finale adoptée par le deuxième sommet des chefs d'Etat et de gouvernement¹⁸¹. L'Assemblée parlementaire affirme d'ailleurs que le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes, ou principe de la démocratie paritaire, fait partie intégrante des valeurs que défend le Conseil de l'Europe¹⁸². Les experts qui composent le CDEG ont pour tâche de stimuler les actions à mener en vue de la réalisation de cet objectif. A cette fin, il procède à des analyses, études et évaluations, définit les stratégies et les mesures de politique concertée visant l'égalité et, si nécessaire, élabore des instruments juridiques appropriés.

49. Le CDEG peut créer des groupes de spécialistes ou des comités d'experts pour l'aider dans la mise en œuvre de son mandat. Ces organes sont composés de membres du CDEG et de spécialistes ou experts dans un domaine donné. Il a notamment créé le groupe de spécialistes sur les normes et mécanismes d'égalité entre les femmes et les hommes (EG-S-SM), structure qui a été chargée d'élaborer le projet de recommandation sur les normes et mécanismes d'égalité entre les femmes et les hommes adopté par le Comité des Ministres le 21 novembre 2007¹⁸³. Cet instrument fait notamment apparaître la nécessité de prendre des normes d'égalité entre les femmes et les hommes dans le cadre de la vie familiale¹⁸⁴ ainsi que des normes permettant la conciliation de la vie familiale et professionnelle¹⁸⁵.

La 3^{ème} conférence ministérielle européenne sur l'égalité entre les femmes et les hommes ayant eu lieu à Rome les 21 et 22 octobre 1993 a condamné avec force toutes les formes de violence à l'égard des femmes, violences assimilées à des violations des droits de la personne humaine. A la suite de cette conférence, la lutte contre la violence est devenue l'une des priorités du Conseil de l'Europe. Un plan d'action de lutte contre la violence à l'égard des femmes a été préparé sous l'égide du CDEG et publié en 1997. Il a également préparé une recommandation aux Etats membres pour la protection des femmes et des fillettes contre la violence intra-familiale. L'un des objectifs principaux du Conseil de l'Europe étant de faire reconnaître et respecter l'égale dignité et intégrité des femmes et des hommes à travers l'Europe, le CDEG entend promouvoir le partenariat des femmes et des hommes au sein de la famille et de la société, notamment par le partage équitable des responsabilités parentales.

¹⁸¹ CM (97) 169.

¹⁸² Recommandation 1269 (1995) relative à un progrès tangible des droits des femmes à partir de 1995, adoptée par l'Assemblée parlementaire le 27 avril 1995.

¹⁸³ Rec (2007) 17 sur les normes et mécanismes d'égalité entre les femmes et les hommes.

¹⁸⁴ Rec (2007) 17, I, B, 1.

¹⁸⁵ Rec (2007) 17, I, B, 5.

2. Les organes spécialisés de l'Assemblée parlementaire

50. L'Assemblée parlementaire s'intéresse également à la question familiale. L'article 24 du Statut¹⁸⁶ autorise l'Assemblée parlementaire à constituer des commissions, composées de représentants de l'Assemblée, chargées d'examiner toute question entrant dans le domaine de leur compétence¹⁸⁷. Ces commissions organisent sur des thèmes particuliers des auditions, des colloques ou des conférences dont les résultats servent ensuite à rédiger les rapports soumis à l'Assemblée. Ainsi, parmi les dix commissions générales dont s'est dotée l'Assemblée¹⁸⁸, figure la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille (AS/SOC). Cette commission, créée en 1949 et connue jusqu'en 1988 sous le nom de commission des questions sociales et de la santé a été rebaptisée afin de tenir compte de la place croissante accordée par le Conseil de l'Europe aux questions relatives aux enfants et à la famille. Elle a pour mission spécifique d'examiner, notamment, les problèmes et les tendances prévisibles en ce qui concerne la famille¹⁸⁹. Eu égard à l'intérêt croissant porté par l'organisation à la cause des enfants, la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille a créé, en 1996, la sous-commission de l'enfant chargée de développer dans les Etats membres une véritable culture des droits de l'enfant en faisant du bien-être de l'enfant une priorité politique. L'Assemblée parlementaire travaille également activement depuis plusieurs années dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes. Elle a créé en 1998 la Commission sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes, laquelle s'est dotée d'une sous-commission sur la violence à l'égard des femmes.

51. La pluralité et la spécialisation de ces organes subsidiaires ont permis de multiplier les initiatives du Conseil de l'Europe en droit de la famille et de cibler les évolutions les plus pressantes. Le nombre important d'instruments juridiques adoptés par les organes institutionnels du Conseil de l'Europe en droit de la famille et la diversité des questions abordées en témoignent. Certaines normes concernent des sujets bien spécifiques tels les droits de l'enfant¹⁹⁰, la protection de l'enfance¹⁹¹, la relation parents/enfant¹⁹², le couple¹⁹³, le

¹⁸⁶ L'article 24 du Statut du Conseil de l'Europe dispose : « L'Assemblée Consultative peut, en tenant compte des dispositions de l'article 38.d, constituer des comités ou commissions chargés d'examiner toutes questions de sa compétence, telle qu'elle est définie à l'article 23, de lui présenter des rapports, d'étudier les affaires inscrites à son ordre du jour et de formuler des avis sur toute question de procédure ».

¹⁸⁷ Résolution 1425 (2005) relative à la révision des mandats des commissions de l'Assemblée, point A.

¹⁸⁸ Article 43 du Règlement intérieur de l'Assemblée parlementaire.

¹⁸⁹ Résolution 1425 (2005), préc. ,B, IV.

¹⁹⁰ Recommandation 874 (1979) relative à une Charte européenne des droits de l'enfant ; Recommandation 1121 (1990) relative aux droits des enfants ; Recommandation 1286 (1996) relative à une stratégie européenne pour

mariage¹⁹⁴, le nom de famille¹⁹⁵, les successions¹⁹⁶ et les conflits familiaux¹⁹⁷. D'autres visent la politique familiale¹⁹⁸ ou la protection de l'unité de la famille¹⁹⁹. Le Conseil de l'Europe a donc une longue expérience des questions relatives au droit de la famille ainsi qu'en témoigne les activités menées tant au plan intergouvernemental qu'au plan parlementaire en vue de réaliser l'objectif statutaire de coopération juridique dans ce domaine²⁰⁰. Bien qu'importante, l'activité du Conseil de l'Europe en matière de coopération juridique n'est guère évoquée. Elle est parfois même oubliée par la doctrine. Ces derniers accordent en effet davantage d'attention à une autre compétence statutaire de l'organisation : il s'agit de la protection des droits fondamentaux.

les enfants ; Recommandation 1443 (2000) relative au respect des droits de l'enfant dans l'adoption internationale ; Recommandation 1551 (2002) construire au XXI^e siècle une société avec et pour les enfants : suivi de la Stratégie européenne pour les enfants ; Recommandation 1601 (2003) relative à l'amélioration du sort des enfants abandonnés en institution ; Recommandation 1698 (2005) relative aux droits des enfants en institution : un suivi à la Recommandation 1601 (2003) ; Recommandation 1460 (2000) relative à l'institution d'un médiateur européen pour les enfants.

¹⁹¹ Recommandation 1071 (1988) relative à la protection de l'enfance - Accueil de l'enfance et de la petite enfance.

¹⁹² Recommandation n° R (95) 6 sur l'application de la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants ; recommandation n°R (99) 7 sur l'application de la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et de rétablissement de la garde des enfants ; Résolution 1291 (2002) concernant l'enlèvement international d'un enfant par l'un des parents ; Recommandation 869 (1979) relative au versement par l'Etat d'avances sur les sommes dues au titre de l'obligation alimentaire envers les enfants ; Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants, STCE n° 105 ; Convention européenne sur les relations personnelles concernant les enfants, adoptée à Strasbourg le 15 mai 2003, STCE n° 192.

¹⁹³ Recommandation 1798 (2007) relative au respect du principe d'égalité des sexes en droit civil.

¹⁹⁴ Résolution 1468 (2005) relative aux mariages forcés et mariages d'enfants.

¹⁹⁵ Recommandation 1271 (1995) relative aux discriminations entre les hommes et les femmes pour le choix du nom de famille et la transmission du nom des parents aux enfants ; Recommandation 1362 (1998) relative à la discrimination entre les femmes et les hommes pour le choix du nom de famille et la transmission du nom des parents aux enfants.

¹⁹⁶ Convention européenne relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments adoptée le 16 mai 1972 à Bâle, STCE n° 077.

¹⁹⁷ Recommandation n° R (85) 4 sur la violence au sein de la famille ; recommandation n° R (98) 1 sur la médiation familiale ; Recommandation 1639 (2003) relative à la médiation familiale et égalité des sexes.

¹⁹⁸ Recommandation n° R (91) 9 sur les mesures d'urgence concernant la famille ; Recommandation 1074 (1988) relative à la politique de la famille.

¹⁹⁹ Résolution (78) 33 relative au regroupement familial dans le cadre des migrations de travailleurs dans les Etats membres du Conseil ; recommandation Rec (2002) 4 sur le statut des personnes admises au regroupement familial ; Recommandation 1686 (2004) relative à la mobilité humaine et au droit au regroupement familial.

²⁰⁰ A. Isola, Les principes d'organisation familiale posés par la « législation » issue du Conseil de l'Europe, art. préc., spéc. p. 31.

§2. La protection des droits fondamentaux

52. Conformément à l'article 1^{er} du statut du Conseil de l'Europe, la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est indispensable à la création de l'espace juridique commun. Si l'insertion des droits familiaux dans la liste des droits fondamentaux garantis par le Conseil de l'Europe a été initialement discutée²⁰¹, nul ne contestera le rôle actuel du Conseil de l'Europe dans la protection des droits fondamentaux de la famille. Deux textes ayant valeur statutaire²⁰² lui ont permis de jouer un tel rôle : il s'agit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (A) et la Charte sociale européenne (B).

A. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. ESDH)

53. La Conv. ESDH²⁰³ est considérée comme « l'œuvre maîtresse » et « le plus beau fleuron »²⁰⁴ du Conseil de l'Europe. Elle vise à assurer le respect, par les Etats membres, des Droits de l'Homme, de l'Etat de droit et des principes de la Démocratie pluraliste. Elle organise un véritable système international de protection des droits de l'homme qui, pour la première fois fait prévaloir les droits des individus sur la raison d'Etat. Le projet de cette Convention est née en même temps que celui de la création du Conseil de l'Europe lors du Congrès de La Haye en 1948. Les Etats souhaitaient en effet tirer les leçons des atrocités ayant caractérisé la Seconde Guerre Mondiale. Il n'est donc pas surprenant que cette Convention ait été la première adoptée par le Conseil de l'Europe depuis sa création. Elle revêt une importance telle que son acceptation est désormais une condition pour être membre du Conseil de l'Europe²⁰⁵.

²⁰¹ Cette insertion dans la Conv. ESDH avait soulevé diverses objections au sein de la Commission des Questions juridiques et administratives de l'Assemblée Consultative tirées du fait qu'il ne s'agissait pas de droits considérés comme essentiels au fonctionnement des institutions démocratiques. Voir travaux préparatoires de l'article 8 Conv. ESDH, Commission européenne des droits de l'Homme, DH (56) 12, p. 3 ; rapport présenté par M. TEITGEN à l'Assemblée Consultative au nom de la Commission des Questions juridiques et administratives, Doc. AS (1) 77, § 9, p. 199 et les travaux de l'Assemblée Consultative, 1949, pp. 1185 et s.

²⁰² Il s'agit de conventions élaborées sous l'égide du Conseil de l'Europe ayant la même force juridique que le Statut du 5 mai 1949 pour l'ensemble des Etats membres en ce sens que le respect de ces textes est une condition *sine qua non* à l'adhésion des nouveaux Etats au Conseil de l'Europe. Voir F. Benoît-Rohmer et H. Klebes, *Le droit du Conseil de l'Europe : vers un espace juridique paneuropéen*, Conseil de l'Europe, 2005, p. 32.

²⁰³ STE n° 005. Elle a été adoptée à Rome le 4 novembre 1950 et est entrée en vigueur le 3 septembre 1953. La France l'a ratifiée le 13 décembre 1973 avec effet au 3 mai 1974 et a accepté le droit de recours individuel prévu à l'article 25 de la Convention le 2 octobre 1981.

²⁰⁴ Jurisclasseur Europe, fasc. 155-50, p. 3.

²⁰⁵ Voir Résolution Intérimaire ResDH (2001) 80 relative à l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 28 juillet 1998 dans l'affaire Loizidou contre la Turquie adoptée par le Comité des Ministres le 26 juin 2001.

Plusieurs dispositions présentent un intérêt particulier pour la famille et les enfants, telles que le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8), le droit de se marier et de fonder une famille (article 12), le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs propres convictions (article 2 du protocole additionnel n°1) et l'égalité des époux dans le mariage (article 5 du protocole n° 7).

54. La Conv.ESDH prévoit en outre un mécanisme de contrôle développé rendant possible une garantie concrète et effective de ces droits familiaux. Ce mécanisme de contrôle repose, principalement, sur deux institutions : la Cour européenne des Droits de l'homme (Cour EDH) (1), juridiction internationale compétente pour statuer par arrêts obligatoires sur des requêtes individuelles et étatiques alléguant des violations de la Convention, et le Comité des Ministres (2), organe politique principal du Conseil de l'Europe, à qui la Convention confère la compétence spécifique et très précise de surveiller l'exécution des arrêts de la Cour.

1. Le contrôle juridictionnel de la Cour EDH

55. La sauvegarde des droits familiaux fondamentaux représente une grande partie de l'activité de la Cour EDH. Le nombre important d'arrêts rendus en la matière et la diversité des sujets abordés permettent d'en témoigner. Un grand nombre des affaires examinées dans le cadre de la Conv. ESDH concerne des questions familiales, tels l'accès aux origines personnelles²⁰⁶, le statut juridique des enfants nés hors mariage²⁰⁷, l'adoption²⁰⁸, le nom de famille²⁰⁹, les successions²¹⁰, le mariage²¹¹, le divorce²¹², la garde des enfants et les relations

²⁰⁶ Arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989 ; arrêt *Mikulic c. Croatie*, 7 février 2002 ; arrêt *Odièvre c. France*, 13 février 2003 ; arrêt *Kearns c. France*, 10 janvier 2008.

²⁰⁷ Arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979 ; arrêt *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984 ; arrêt *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986 ; arrêt *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991 ; arrêt *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994 ; arrêt *Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994 ; arrêt *McMichael c. Royaume-Uni*, 24 mai 1995 ; *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997 ; arrêt *Nuutinen c. Finlande*, 27 juin 2000 ; arrêt *Elsholz c. Allemagne*, 13 juillet 2000 ; arrêt *Hoffmann c. Allemagne*, 11 octobre 2001 ; arrêt *Sommerfeld c. Allemagne*, 11 octobre 2001 et 8 juillet 2003 ; arrêt *Sahin c. Allemagne* ; 11 octobre 2001 et 8 juillet 2003 ; arrêt *Youssef c. Pays-Bas*, 5 novembre 2002 ; arrêt *Lück c. Allemagne*, 13 juin 2002 ; arrêt *Brauer c. Allemagne*, 28 mai 2009.

²⁰⁸ Arrêt *O c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987 ; arrêt *H. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987 ; arrêt *W. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987 ; arrêt *B. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987 ; arrêt *Söderbäck c. Suède*, 28 octobre 1998 ; arrêt *Fretté c. France*, 26 février 2002 ; arrêt *P., C. et S. c. Royaume-Uni*, 16 juillet 2002 ; arrêt *Pini & Bertani et Manera & Atripaldi c. Roumanie*, 22 juin 2004, arrêt *E.B. c. France*, 22 janvier 2008 ; arrêt *Todorova c. Italie*, 13 janvier 2009 ; arrêt *Schwizgebel c. Suisse*, 10 juin 2010.

²⁰⁹ Arrêt *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994 ; arrêt *Stjerna c. Finlande*, 25 novembre 1994 ; arrêt *Guillot c. France*, 24 octobre 1996 ; arrêt *Ünal Tekeli c. Turquie*, 16 nov. 2004 ; arrêt *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, 9 nov. 2010.

²¹⁰ Arrêt *Marckx* préc. ; arrêt *Johnston et autres* préc. ; arrêt *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987 ; arrêt *Vermeire* préc. ; arrêt *Mazurek c. France*, 1^{er} février 2000 ; arrêt *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, 3 octobre 2000 ; arrêt *Haas c. Pays-Bas*, 13 janvier 2004 ; arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre*, 13 juillet 2004, arrêt *Burden c. Royaume-Uni*, 29 avril 2008 ; arrêt *Fabris c. France*, 11 juillet 2011.

personnelles des enfants avec leurs parents²¹³, la procréation²¹⁴, les expertises génétiques²¹⁵, le transsexualisme²¹⁶, mais aussi le placement des enfants en foyer²¹⁷ et le regroupement familial²¹⁸.

56. C'est l'imprécision de la notion de vie privée et de vie familiale²¹⁹ dans l'article 8 de la Conv. ESDH qui lui a permis d'embrasser tous ces domaines dans sa mission de contrôle. La Cour EDH a apporté une large contribution à la protection des droits fondamentaux de la famille en enrichissant le contenu de cette disposition par le biais de sa jurisprudence dynamique et évolutive²²⁰. La Cour EDH est en effet réputée pour avoir exploité de manière ambitieuse sa mission d'interprétation²²¹ de la Convention²²². Elle a en effet développé une interprétation dite « progressiste » afin d'assurer une protection effective des droits énoncés

²¹¹ Arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010.

²¹² Arrêt *F. c. Suisse*, 18 décembre 1987.

²¹³ Arrêt *Berrehab c. Pays-Bas*, 21 juin 1988 ; arrêt *Hoffmann* préc., arrêt *Hokkanen* préc., décision *Sheffield c. Royaume-Uni*, 19 janvier 1996, arrêt *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21 décembre 1999 ; arrêt *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, 25 janvier 2000 ; arrêt *Ciliz c. Pays-Bas*, 11 juillet 2000 ; arrêt *Glaser c. Royaume-Uni*, 19 septembre 2000 ; arrêt *Hoppe c. Allemagne*, 5 décembre 2002 ; arrêt *Görgülü c. Allemagne*, 26 février 2004 ; arrêt *Lebbink c. Pays-Bas*, 11 juin 2004 ; arrêt *Volesky c. République Tchèque*, 29 juin 2004, arrêt *Lafargue c. Roumanie*, 13 juillet 2006 ; arrêt *Zaunegger c. Allemagne*, 3 déc. 2009

²¹⁴ Arrêt *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007 ; arrêt *Dickson c. Royaume Uni*, 4 décembre 2007 ; arrêt *S.H. et autres c. Autriche*, 1^{er} avril 2010.

²¹⁵ Arrêt *Jaggi c. Suisse*, 13 juillet 2006 ; arrêt *Pascaud c. France*, 16 juin 2011.

²¹⁶ Arrêt *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986 ; arrêt *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990 ; arrêt *B. c. France*, 25 mars 1992 ; arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998 ; Arrêt *I et Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002 ; arrêt *R. et F. c. Royaume-Uni et Parry c. Royaume-Uni*, 28 novembre 2006 ; arrêt *L. c. Lituanie*, 11 sept. 2007.

²¹⁷ Arrêt *R. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987 ; arrêt *Olsson c. Suède n°1*, 24 mars 1988 ; arrêt *Eriksson c. Suède*, 22 juin 1989 ; arrêt *Nyberg c. Suède*, 31 août 1990 ; arrêt *Margareta et Roger Andersson c. Suède*, 25 février 1992 ; arrêt *Rieme c. Suède*, 22 avril 1992 ; arrêt *Olsson c. Suède n°2*, 27 novembre 1992 ; arrêt *McMichael* préc. ; arrêt *Johansen c. Norvège*, 7 août 1996 ; arrêt *Paulsen-Medalen et Svensson c. Suède*, 19 février 1998 ; arrêt *Bronda c. Italie*, 9 juin 1998 ; arrêt *E.P. c. Italie*, 16 novembre 1999 ; arrêt *L. c. Finlande*, 27 avril 2000 ; arrêt *Scozzari et Giunta c. Italie*, 13 juillet 2000 ; arrêt *Gnahoré c. France*, 19 septembre 2000 ; arrêt *T.P. et K.M. c. Royaume-Uni*, 10 mai 2001 ; arrêt *K. et T. c. Finlande*, 12 juillet 2001 ; arrêt *Buchberger c. Autriche*, 20 décembre 2001, arrêt *Kutzner c. Allemagne*, 26 février 2002 ; arrêt *P.C. et S. c. Royaume-Uni*, 16 juillet 2002, arrêt *Venema c. Pays-Bas*, 17 décembre 2002 ; arrêt *K.A. c. Finlande*, 14 janvier 2003 ; arrêt *Covezzi et Morselli c. Italie*, 9 mai 2003 ; arrêt *Couillard Maugery c. France*, 1^{er} juillet 2004.

²¹⁸ Arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985 ; arrêt *Gül c. Suisse*, 19 février 1996 ; arrêt *Ahmut c. Pays-Bas*, 28 novembre 1996 ; arrêt *Nsona c. Pays-Bas*, 28 novembre 1996 ; arrêt *Sen c. Pays-Bas*, 21 décembre 2001.

²¹⁹ F. Sudre, rapport introductif, dans F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, pp. 11-54

²²⁰ J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2010, 5^e éd., spéc. p. 31.

²²¹ La Cour EDH tient son pouvoir d'interprétation de la Convention de l'article 32 de la Conv. ESDH.

²²² Sur la question de l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme voir : F. Ost, Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour EDH, dans M. Delmas-Marty, *Raisonner la raison d'Etat*, PUF, 1989, p. 405 ; F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, 1998 ; P. Wachsmann, Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme, dans SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, 1998, p. 157 ; P. Rolland, Le contrôle de l'opportunité et la Cour européenne des droits de l'homme, dans D. Rousseau et F. Sudre (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, STH, 1990, p. 47.

dans la Convention. Elle l'a fait par le recours à la notion d'obligation positive et par la combinaison de l'article 14 avec l'article 8 de la Convention.

57. Selon la Cour EDH le respect de la vie privée et familiale ne se limite pas à l'obligation de ne pas y porter atteinte, il implique également l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires favorisant l'exercice effectif de ce droit²²³. Cette technique a notamment permis à la Cour d'enrichir le droit au respect de la vie familiale de l'obligation pour les Etats membres d'agir en vue de permettre l'exercice effectif ainsi que le maintien des relations personnelles entre les parents et leurs enfants²²⁴, de faciliter l'établissement ou la reconnaissance de la filiation²²⁵ ou bien de permettre la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle d'une personne transsexuelle²²⁶. En combinant le principe de non-discrimination issu de l'article 14 de la Convention et le droit à la vie privée ou familiale, la Cour EDH a élargi le champ d'application de l'article 8 de la Convention en y faisant entrer des questions *a priori* non mentionnées, telles que la transmission du nom patronymique²²⁷, le droit à la connaissance de ses origines²²⁸, la procréation médicalement assistée et les relations familiales patrimoniales²²⁹.

58. En outre, la Cour EDH s'est très tôt opposée à toute interprétation figée de la Conv. ESDH. Selon les propos de la Cour, la Convention doit s'interpréter « à la lumière des conditions d'aujourd'hui ». Elle est donc attachée à faire évoluer son interprétation en fonction de l'évolution des mœurs, du changement des mentalités et des progrès techniques et scientifiques. Compte tenu du lien très intime qu'entretient le droit de la famille avec la sociologie et la biologie, il n'est pas surprenant que la Cour ait initié cette pratique dans le cadre d'une affaire ayant trait à la protection de la vie privée et familiale. Il n'est pas non plus étonnant que cette technique d'interprétation soit fréquente lorsqu'il s'agit d'interpréter le droit à la vie privée et familiale. L'interprétation évolutive a favorisé l'adaptation de la Convention aux réalités sociales et juridiques ayant trait à la famille. Elle a notamment concouru à la reconnaissance de tous les modèles familiaux en plaçant les familles nées de liens hors mariage sous la protection de l'article 8 de la Conv. ESDH. Le modernisme dont

²²³ Voir arrêt *Marckx* (§ 31) et arrêt *Airey* (§32)

²²⁴ Voir arrêts *Erikson, Andersson, Kroon et Olsson*.

²²⁵ Voir arrêts *Marckx, Kroon et Mikulic*.

²²⁶ Voir arrêts *B., Goodwin et I.*

²²⁷ Voir arrêt *Burghartz*.

²²⁸ Voir arrêt *Odièvre*.

²²⁹ Voir arrêts *Marckx, Camp et Bourini* et *B. c/ Allemagne* du 28 mai 2009

fait preuve la Cour EDH pour définir la vie privée et la vie familiale fait état de la vigilance avec laquelle elle assure la protection de la famille²³⁰. Son action est d'autant plus efficace qu'elle est relayée par celle du Comité des ministres.

2. Le contrôle politique du Comité des Ministres

59. En vertu de l'article 46 § 1 de la Convention, les Etats s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels ils sont parties. Cet engagement implique pour l'Etat défendeur des obligations juridiques précises. Il doit, d'un côté, prendre des mesures en faveur des requérants pour faire cesser l'acte illicite et en effacer les conséquences autant que possible, et, d'un autre côté, prendre les mesures nécessaires pour éviter de nouvelles violations semblables.

60. En effet, l'exécution de l'arrêt peut exiger de la part de l'Etat défendeur des mesures générales législatives, réglementaires, jurisprudentielles ou autres, afin de prévenir efficacement de nouvelles violations semblables à celles déjà constatées. Le Comité des Ministres assisté par le Service de l'exécution des arrêts, est appelé à veiller à ce que les moyens retenus soient appropriés et permettent effectivement d'atteindre le résultat voulu par l'arrêt de la Cour²³¹. Une fois l'arrêt définitif de la Cour EDH transmis au Comité des Ministres, celui-ci invite l'Etat défendeur à l'informer des démarches entreprises en vue du paiement des montants alloués par la Cour au titre de la satisfaction et, le cas échéant, sur l'adoption de mesures individuelles et générales pour se conformer à l'arrêt. Une fois les informations reçues, le Comité procède à leur examen attentif. Lorsque le Comité a constaté que l'Etat s'est conformé à l'arrêt, il adopte une résolution indiquant qu'il a rempli ses fonctions en vertu de l'article 46 § 2 de la Convention. La Direction Générale des Droits de l'Homme assiste le Comité des Ministres lorsqu'il exerce cette compétence. Selon la pratique bien établie du Comité des Ministres, tant qu'un Etat n'a pas adopté les mesures satisfaisantes, aucune résolution finale retirant l'arrêt du rôle du Comité des Ministres n'est adoptée, et des explications ou des actions continuent d'être exigées de la part de l'Etat.

61. Le protocole n° 14, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, rappelle l'importance d'une exécution rapide des arrêts de la Cour EDH et renforce les compétences du Comité des

²³⁰ Voir dans ce sens A. Gouttenoire, La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2008-2009, *Dr. fam.* 2010, étude n° 1, pp. 9-14, spéc. p. 9.

²³¹ Art. 46 § 2 de la Conv.ESDH.

ministres²³². Ce dernier dispose désormais de la possibilité de saisir la Cour EDH lorsqu'une difficulté d'interprétation entrave l'exécution d'un arrêt dont il assure la surveillance. Le protocole permet également au Comité des ministres d'introduire devant la Grande chambre de la Cour EDH un recours en manquement en vue de contraindre à l'exécution un Etat réfractaire²³³. Ce recours en manquement donne ainsi au Comité des ministres les moyens de lutter contre les requêtes répétitives, c'est-à-dire les requêtes portant sur des problèmes structurels sur lesquels la Cour a déjà rendu des arrêts constatant une violation de la convention et faisant l'objet d'une jurisprudence bien établie.

62. Le Comité des Ministres publie chaque année, depuis 2007, un rapport relatif à la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour EDH²³⁴. Ces rapports mettent en exergue le vaste éventail des questions examinées par le Comité des Ministres. Parmi les questions les plus régulièrement examinées, figurent notamment celles relatives à l'établissement de la paternité, au respect des droits de garde et de visite et au droit au mariage. Ces rapports sont d'autant plus intéressants qu'ils mettent également en évidence l'impact des arrêts de la Cour EDH sur les autorités nationales condamnées. A titre d'exemple, le Comité des Ministres fait état, dans son rapport 2007²³⁵, de l'évolution du droit britannique à la suite de l'arrêt *B. et L.* du 13 septembre 2005²³⁶. Dans cette affaire la Cour EDH a condamné le Royaume-Uni pour violation de l'article 12 de la Conv. ESDH. Elle a en effet considéré que les dispositions britanniques empêchant le mariage entre un beau-père et sa belle-fille si les ex-époux ne sont pas décédés portent atteinte à la substance même du droit au mariage. A la suite de cet arrêt, des réformes législatives ont été adoptées en Angleterre, au Pays de Galle²³⁷, en Ecosse²³⁸ et en Irlande du Nord²³⁹ en vue d'abroger l'obstacle au mariage incriminée par la Cour EDH.

La transparence qu'assurent désormais ces rapports sur l'efficacité du mécanisme de surveillance de l'exécution contribue sans aucun doute à l'accélération des réformes du côté des Etats condamnés et participe corrélativement à la protection effective des droits fondamentaux de la famille. Le Comité d'experts pour l'amélioration des procédures de

²³² F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2011, 10^e éd., spéc. p. 815.

²³³ Art. 46 § 4 Conv. ESDH. introduit par le protocole n° 14 à la Conv. ESDH, amendant le système de contrôle de la Convention.

²³⁴ Voir http://coe.int/t/DGHL/Monitoring/Execution/Source/Publications/CM_annreport2007_fr.pdf

²³⁵ Rapport précité, spéc. p. 181.

²³⁶ *Dr. fam.*, 2005, comm. n° 234, note A. Gouttenoire et M. Lamarche ; *J.C. G.* 2006. I. 109, n° 11, obs. F. Sudre.

²³⁷ En Angleterre et au Pays de Galle, le Marriage Act 1949 a été modifié par une ordonnance de redressement (remedial order) entrée en vigueur le 1^{er} mars 2007.

²³⁸ L'Ecosse a adopté le Family law Act 2006, entré en vigueur le 4 mai 2006.

²³⁹ En Irlande du Nord, le Privy Council a adopté une ordonnance le 19 juillet 2006, entrée en vigueur en septembre 2006.

protection des droits de l'homme (DH-PR) a dressé un inventaire des mesures adoptées par les Etats à la suite de leur condamnation par les organes de la Convention. Il résulte de l'étude de cet inventaire²⁴⁰ que la jurisprudence évolutive de la Cour EDH associée au contrôle politique du Comité des Ministres favorise et accélère les réformes législatives en droit de la famille. Il en découle ainsi une nette amélioration de la protection juridique de la famille, et notamment des enfants, dans les Etats membres du Conseil de l'Europe.

B. La Charte sociale européenne

63. Il est reconnu que c'est au sein des familles, comme l'indique la « Stratégie de cohésion sociale révisée »²⁴¹, que la cohésion sociale s'expérimente et s'apprend pour la première fois. Parce qu'il joue un rôle fondamental dans le maintien du tissu social, le bien-être des familles et de leurs enfants est au cœur des politiques sociales du Conseil de l'Europe. C'est la raison principale pour laquelle le Conseil de l'Europe a accordé une place importante aux droits de la famille dans le corps du texte de la Charte sociale européenne. Adoptée en 1961²⁴², et révisée en 1996²⁴³ afin d'accroître son dynamisme et son efficacité, la Charte sociale européenne complète la protection offerte par la Conv. ESDH en ce qui concerne les droits sociaux et économiques. Elle énonce des droits et libertés fondamentales et établit un mécanisme de contrôle, fondé sur des réclamations collectives et des rapports nationaux, qui garantit leur respect par les Etats. Les Etats ne sont liés qu'à proportion des articles ou paragraphes qu'ils ont acceptés²⁴⁴.

64. Deux dispositions concernent particulièrement la famille. Il s'agit des articles 16 et 17. L'article 16 assure la protection sociale, juridique et économique de la famille en général²⁴⁵ et

²⁴⁰ Voir H/Exec (2006) 1.

²⁴¹ http://www.coe.int/t/dg3/socialpolicies/socialcohesiondev/source/RevisedStrategy_fr.pdf, spéc. I.d, point 36.

²⁴² La Charte sociale européenne a été signée le 18 juin 1961 à Turin et est entrée en vigueur le 26 février 1965, STCE n° 035.

²⁴³ La Charte sociale européenne révisée a été signée le 3 mai 1996 et est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1999, STCE n° 163.

²⁴⁴ Voir partie III, art. A de la Charte sociale révisée. En effet, les Etats désirant être partie à cette Charte doivent, d'une part, accepter au moins six des neuf articles du noyau dur de la Charte. Et ils doivent, d'autre part, choisir un nombre supplémentaire d'articles ou de paragraphes numérotés auxquels ils sont liés à condition de ne pas être inférieur à seize articles et soixante-trois paragraphes numérotés. Pour information, elle a été signée par les 47 Etats membres et ratifiée par 39 d'entre eux, dont la France qui a accepté les 98 paragraphes de la Charte sociale révisée.

²⁴⁵ L'article 16 de la Charte sociale européenne dispose : « en vue de réaliser les conditions de vie indispensables au plein épanouissement de la famille, cellule fondamentale de la société, les Parties s'engagent à promouvoir la protection économique, juridique et sociale de la vie de famille, notamment par le moyen de prestations sociales et familiales, de dispositions fiscales, d'encouragement à la construction de logements adaptés aux besoins des familles, d'aide aux jeunes foyers, ou de toutes autres mesures appropriées. »

l'article 17 celle des enfants et des adolescents²⁴⁶. Leur respect est soumis, au même titre que les autres droits énoncés, au contrôle du Comité européen des droits sociaux (CEDS)²⁴⁷, comité d'experts indépendants institué par la Charte sociale européenne. Le CEDS peut être saisi dans le cadre de deux procédures, une procédure de contrôle sur la base de rapports nationaux²⁴⁸ et une procédure de réclamation collective²⁴⁹. Les conclusions et décisions prises à l'issue de ces procédures lui permettent d'exposer l'interprétation qu'il fait des articles de la Charte par le moyen d'« observations interprétatives ». L'ensemble de ces interprétations, regroupées dans le Digest de jurisprudence du Comité²⁵⁰, dévoile toute la portée, la signification et l'étendue des droits familiaux garantis par la Charte. Dans le cadre de sa mission de contrôle, le CEDS a eu l'occasion de se prononcer en faveur de la protection de tous les modèles de famille même les plus vulnérables²⁵¹, de l'égalité des filiations²⁵², de la parité femme/homme au sein du couple parental²⁵³, de la médiation familiale²⁵⁴, du droit des

²⁴⁶ L'article 17 de la Charte sociale européenne dispose : « en vue d'assurer aux enfants et aux adolescents l'exercice effectif du droit de grandir dans un milieu favorable à l'épanouissement de leur personnalité et au développement de leurs aptitudes physiques et mentales, les Parties s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques ou privées, toutes les mesures nécessaires et appropriées tendant à assurer aux enfants et aux adolescents, compte tenu des droits et des devoirs des parents, les soins, l'assistance, l'éducation et la formation dont ils ont besoin, notamment en prévoyant la création ou le maintien d'institutions ou de services adéquats et suffisants à cette fin ; à protéger les enfants et les adolescents contre la négligence, la violence ou l'exploitation ; à assurer une protection et une aide spéciale de l'Etat vis-à-vis de l'enfant ou de l'adolescent temporairement ou définitivement privé de son soutien familial ; à assurer aux enfant et aux adolescents un enseignement primaire et secondaire gratuit, ainsi qu'à favoriser la régularité de la fréquentation scolaire. »

²⁴⁷ Voir Règlement du Comité européen des Droits sociaux adopté le 29 mars 2004 et révisé le 12 mai 2005.

²⁴⁸ Partie IV, art.C. de la Charte sociale européenne révisée renvoyant à la partie IV, art.21 à 25 de la Charte sociale européenne. Dans le cadre de cette procédure, les Etats parties soumettent chaque année un rapport dans lequel ils indiquent la façon dont ils ont mis en œuvre la Charte en droit et en pratique. Le Comité examine les rapports et décide de la conformité ou non des situations nationales à la Charte. Ces décisions sont appelées conclusions. Si l'Etat ne donne pas satisfaction à la suite des conclusions de non-conformité, le Comité des Ministres lui adresse une recommandation lui demandant de corriger la situation.

²⁴⁹ Partie IV, art. D. de la Charte sociale révisée. Elle permet aux organisations syndicales, patronales et non gouvernementales de saisir le Comité de recours en alléguant de violations de la Charte. La réclamation est examinée dans sa recevabilité puis sur le fond après une procédure écrite. A l'issue de cette procédure écrite le CEDS adopte une décision qu'il transmet aux parties et au Comité des Ministres sous forme de rapport. Et ce dernier adopte une résolution, qui, le cas échéant recommande à l'Etat de prendre des mesures spécifiques pour mettre la situation en conformité avec la Charte.

²⁵⁰ http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/digest/DigestSept2008_fr.pdf

²⁵¹ Voir Conclusions 2006, Charte sociale européenne révisée, tome 1, Introduction générale, point f, Observations sur l'article 16, p. 13. Consultables sur :

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/Year/2006Vol1_fr.pdf

²⁵² Voir Conclusions 2005 XVII-2, Malte, p.587. Consultables sur :

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/Year/XVII2_Vol2_fr.pdf

Voir également le Document d'information établi par le Secrétariat de la CSE intitulé « Les droits des enfants dans la Charte sociale européenne », Consultable sur :

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/digest/DigestSept2008_fr.pdf

²⁵³ Voir le Document d'information établi par le Secrétariat de la CSE du 20 septembre 2005 intitulé « L'égalité entre les femmes et les hommes dans la Charte sociale européenne ». Consultable sur :

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/presentation/FactsheetEquality_fr.pdf

enfants à connaître leurs origines²⁵⁵, mais aussi sur la question de l'âge minimal requis pour le mariage²⁵⁶.

65. Face à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la Charte sociale européenne mène une existence assez « crépusculaire »²⁵⁷ du fait de l'absence de droit de requête individuelle et, corrélativement, du manque d'intérêt manifesté à son égard par la doctrine. Cette discrétion n'en recèle pas moins un véritable pouvoir de protection de la famille et de ses membres. En effet, la procédure des rapports permet, non seulement, un contrôle régulier de la conformité des droits et pratiques internes à la Charte, mais aussi un contrôle généralisé de tous les Etats parties à la Charte. Aucun Etat lié par la Charte n'y échappe. Même si l'impact des Conclusions dressées par le CEDS n'est pas à la mesure de l'influence exercée par les arrêts de la Cour EDH sur les Etats parties, il n'en demeure pas moins que les remontrances régulières du Comité pèsent dans le choix des réformes entreprises par les autorités nationales. La régularité du contrôle effectué contribue à accentuer le poids des droits fondamentaux de la famille dans les ordres juridiques nationaux²⁵⁸. La liste des évolutions internes liées aux conclusions et décisions prises par le CEDS en témoigne²⁵⁹. Ainsi, la Charte sociale européenne participe, au même titre que la Conv. ESDH, à la protection de la famille et de ses membres.

L'apport juridique de la Charte sociale en droit de la famille ne doit pas être négligé. Son apport en terme de droits sociaux et économiques est tel qu'elle dispose également d'une aura internationale. Elle trouve en effet sa place dans les traités communautaires²⁶⁰ ainsi que dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Elle a en outre inspiré le volet social de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Un tel constat contraint à ne pas amenuiser son rôle protecteur sur le plan des droits sociaux fondamentaux.

²⁵⁴ Voir Conclusions 2006 XVIII-1, tome 1, Introduction générale, Observation interprétative de l'article 16. Voir : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/Year/XVIII1Vol1_fr.pdf

²⁵⁵ Voir Conclusions 2003, Charte sociale révisée, tome1, France, pp. 184-185. Consultables sur : Voir : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/Year/2003Vol1_fr.pdf

²⁵⁶ Voir Conclusions 2003, Charte sociale révisée, tome 1, France, p. 184.

²⁵⁷ Voir dans ce sens D. Gomien, D. Harris, L. Zwaak, *Convention européenne des Droits de l'Homme et Charte sociale européenne : droit et pratique*, Editions du Conseil de l'Europe, 1997.

²⁵⁸ Voir dans ce sens J.-F. Akandji-Kombé, S. Leclerc, *La Charte sociale européenne*, Bruylant, 2001.

²⁵⁹ Le CEDS cite des exemples de progrès réalisés à la suite de conclusions ou décisions dans les fiches d'information relatives à la situation de chaque pays membre du Conseil de l'Europe au regard de la Charte sociale européenne.

²⁶⁰ Voir le traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, JO n° C 340, du 10 novembre 1997.

66. Ainsi, le Conseil de l'Europe appréhende légitimement la question familiale à travers sa compétence en matière de coopération juridique ainsi qu'à travers la question des droits de l'homme. Le Conseil de l'Europe accompagne depuis de longues années, à l'aide de ses divers instruments normatifs, l'évolution du droit de la famille. Si la compétence de cette organisation en droit de la famille semble improbable à la lecture du texte statutaire du Conseil de l'Europe, elle l'est moins dès lors que l'attachement du Conseil de l'Europe à la protection de la famille répond à son objectif principal et initial d'assurer la sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et de la cohésion au sein de l'Europe. Ces objectifs à grande ampleur dépendent, en effet, de leur consécration dans des cercles humains de moindre importance tels que les familles.

La sauvegarde des valeurs démocratiques et de la cohésion au sein de la famille est un préalable à la sauvegarde de la démocratie et de la cohésion sociale au sein de l'Europe²⁶¹. Ainsi, la famille n'est plus seulement, tel que l'affirmait le doyen Carbonnier, l'un des piliers de la société²⁶², elle est aussi l'un des piliers de la construction européenne²⁶³. Cet aspect n'ayant pas échappé aux acteurs de la construction communautaire, l'Union européenne s'est également emparée de la question familiale. Elle l'a fait par le moyen de la construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice.

²⁶¹ En effet, parce que des relations familiales paisibles et stables « impliquent des hommes équilibrés affectivement et socialement », elles favorisent également la cohésion sociale et la production économique. Idée soutenue par H. Battifol, Existence et spécificité du droit de la famille, *Archives de philosophie du droit*, Tome 200, réformes du droit de la famille, Sirey, 1975, pp. 7-15, spéc. pp. 14 et 15.

²⁶² J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, op.cit., spéc. p. 221.

²⁶³ Voir dans ce sens K. Furgler, L'évolution actuelle et les perspectives d'harmonisation du droit de la famille au sein de l'Europe, *Diritto di Famiglia e della Persone*, 1977, pp. 913-938, spéc. p. 914.

Section 2 : La construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice par l'Union européenne

67. L'intérêt porté par le droit de l'Union européenne à la question familiale a été progressif. Les traités fondateurs affichant une orientation essentiellement économique, le droit communautaire n'avait *a priori* pas vocation à intervenir directement en droit de la famille²⁶⁴. Par l'adoption de traités modificatifs, les ambitions de l'Union européenne se sont étoffées pour recouvrir un aspect résolument plus politique et humaniste plaçant le citoyen européen au centre de la construction de l'Union européenne. La création de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de justice est à l'origine de cette évolution. Institué par le Traité d'Amsterdam²⁶⁵, il figure désormais parmi les objectifs fondamentaux du Traité de Lisbonne²⁶⁶. Ce dernier a, en effet, placé cet objectif avant tous les autres, y compris ceux économiques, au sein du Traité sur l'Union européenne²⁶⁷.

68. La création de cet espace se décompose en trois volets. Le volet liberté entend garantir aux citoyens européens un droit de libre circulation dans le respect de ses droits fondamentaux. Le volet sécurité implique la mise en œuvre de mesures destinées à prévenir et à lutter contre la criminalité en vue d'assurer les droits et libertés des citoyens européens. Enfin, le volet justice incite à une coopération judiciaire pénale et civile des Etats membres en vue de garantir aux citoyens une certaine sécurité juridique par un égal accès à la justice et par le respect transfrontière des décisions et des jugements.

L'Union européenne a intégré les questions familiales dans sa politique de mise en œuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Le volet sécurité relevant davantage de la matière pénale, le droit de l'Union européenne a appréhendé la question familiale à travers les volets liberté (§1) et justice (§2) de sa nouvelle politique.

²⁶⁴ A. Bénabent, La réception du droit communautaire en droit de la famille, art.préc., spéc. p. 52.

²⁶⁵ Titre IV du Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes. J.O. n° C 340 du 10 novembre 1997.

²⁶⁶ Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007. J.O. n° C 306 du 13 décembre 2007.

²⁶⁷ Dans l'ancienne rédaction du Traité UE tel que modifié par le Traité d'Amsterdam (art. 2), l'espace de liberté, de sécurité et de justice figurait en quatrième position parmi les objectifs poursuivis par l'Union européenne, c'est-à-dire après la politique économique et sociale et la politique étrangère et de sécurité commune. La nouvelle rédaction du traité sur l'UE (art. 3) le place en seconde position après la promotion de la paix et du bien-être du peuple.

§1. La famille et l'espace de liberté

69. La création de l'espace de liberté repose sur la protection des droits fondamentaux du citoyen européen. En d'autres termes, un citoyen européen libre est un individu dont les droits fondamentaux sont garantis quel que soit l'Etat membre où il se trouve. L'espace de liberté implique donc une liberté de circulation des citoyens européens (**A**), mais également une protection efficace des droits de l'homme (**B**) à travers les frontières. Ces deux aspects ont contribué à faire tomber le droit de la famille dans le champ de compétence du droit de l'Union européenne²⁶⁸.

A. L'appréhension du droit de la famille par le moyen de la libre circulation des citoyens européens

70. Le Traité sur l'Union européenne, dit traité de Maastricht²⁶⁹, a institué la citoyenneté européenne afin de renforcer la protection des droits et des intérêts des ressortissants de l'Union européenne²⁷⁰. Elle est attribuée à toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre et se superpose à la citoyenneté nationale sans la remplacer. Destinée à permettre le développement d'un sentiment d'appartenance commune, elle répond à la volonté politique d'origine des Pères fondateurs, volonté restée en berne jusqu'au Traité de Maastricht, d'établir une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens.

L'institution de la citoyenneté européenne donne une dimension plus humaine à l'intégration de l'Union dans la mesure où elle est, pour les ressortissants européens, un statut fondamental²⁷¹ conférant des droits et des devoirs. Parmi ces droits figure notamment celui de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres²⁷². En faisant de cette liberté un droit inhérent à la qualité de citoyen européen, c'est-à-dire en la démarquant de sa finalité avant tout économique, le traité de Maastricht a étendu le champ d'application *ratione personae* de la liberté de circulation. Ce principe n'est plus seulement dicté par des raisons

²⁶⁸ S. Simitis, La réception du droit communautaire en droit de la famille, art. préc., spéc. p. 45. Selon l'auteur, le principe de libre circulation des personnes a « servi de base pour une ingérence croissante des instances européennes ».

²⁶⁹ J.O. n° C 191 du 29 juillet 1992.

²⁷⁰ Voir art. 20 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 17 du Traité CE)

²⁷¹ CJCE, arrêt *Grzelczyk* du 20 septembre 2001, aff. C 184/99, Rec. , p. I-6193, point 31 : *Europe*, 2001, comm. n° 316, p. 5, Y. Gautier; *Dr. soc.* 2001, pp. 1103-1107, J.-P. Lhernould ; *Rev. dr. UE*, 2001, n° 4, pp. 1008-1010, A. Alemanno ; *Rev. juris. soc.*, 2002, p. 11-13, F. Kessler ; *R.T.D.eur.*, 2003, pp. 561-578, D. Franck. Arrêt *Hoop* du 11 juillet 2002, aff. C 224/98, Rec. , p. I-6191 : *J.D.I.*, 2003, pp. 596-598, M. Luby.

²⁷² Art. 20 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 18 du Traité CE).

économiques, il l'est également par des raisons politiques dans l'optique de la construction d'une Europe des citoyens²⁷³. Il a ainsi élargi le cercle restreint des bénéficiaires de la libre circulation en l'accordant à tout ressortissant d'un Etat membre²⁷⁴.

71. Le traité de Maastricht a prévu une série de droits spécifiques attachés à la qualité de citoyen européen sans pour autant lui donner une portée exhaustive. En effet, même si le Traité de Maastricht semble muet sur la question des droits civils, le statut de citoyen européen a permis aux institutions de l'Union européenne et, plus particulièrement, à la CJUE de reconnaître progressivement de tels droits aux citoyens européens. En effet, l'élargissement du champ d'application personnel des bénéficiaires de la libre circulation a induit celui du champ d'application matériel de la mise en œuvre des droits liés à cette liberté. La libre circulation bénéficiant à tout citoyen européen, le champ des domaines concernés n'est plus seulement limité aux droits économiques et sociaux. L'élargissement du champ d'application *ratione personae* de cette liberté a permis de faire entrer le statut personnel du citoyen dans le champ matériel des droits liés à la citoyenneté en assurant le respect des droits civils personnels liés au principe de la libre circulation.

72. Les intérêts personnels et familiaux peuvent donc être pris en considération, dans le droit de l'Union européenne, par le truchement de leur citoyenneté européenne et leur droit à la libre circulation²⁷⁵. L'arrêt *Garcia Avello*²⁷⁶ permet d'illustrer ce propos. La CJCE a déclaré que la citoyenneté européenne imposait le respect du double nom autorisé par la loi nationale d'origine pour une personne vivant dans un autre Etat membre dont elle a également la nationalité. Dans cette affaire, un couple mixte hispano-belge résidant en Belgique ont eu deux enfants enregistrés à l'état civil belge sous le nom du père, conformément au droit belge. Les parents ont demandé le changement de nom afin qu'il corresponde aux règles du droit espagnol, c'est-à-dire qu'il soit composé du nom du père associé à celui de la mère. Confrontés au refus des autorités belges, ils ont introduit une requête en annulation de la

²⁷³ I. Trépant, *Pour une Europe citoyenne et solidaire. L'Europe des traités dans la vie quotidienne*, op. cit., spéc. p. 196.

²⁷⁴ H. Labayle, La libre circulation des personnes en Europe, de Schengen à Amsterdam, dans *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, Union des avocats européens, Bruylant, 1999, pp. 3-35.

²⁷⁵ C. Vollot, Vers une interprétation excessive des frontières du droit communautaire ou une disparition des situations purement internes ?, *LPA*, 2005, n° 223, pp. 10-13, spéc. p. 11 et s.

²⁷⁶ Arrêt du 2 octobre 2003, aff. C-148/02, Rec. , p. I-11613 : 11613 : *A.J.D.A.*, 2004, p. 320-321, J.-M. Bêlorgey ; *D.* 2004, jur., p. 1476-1479, M. Audit ; *J.D.I.*, 2004, p. 582-584, M. Luby ; *R.C.D.I.P.* 2004, p. 192-202, P. Lagarde ; *R.T.D. civ.* 2004, p. 62-63, J. Hauser ; *J.D.I.*, 2004, p. 1225-1237, S. Poillot-Peruzzetto. Voir également M. Karpenschif et C. Nourissat, *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne, Les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne (GACJUE)*, PUF, 2010, n° 75.

décision devant le Conseil d'Etat belge. La CJCE, saisie d'une question préjudicielle, a constaté la binationalité des enfants et, corrélativement, leur a ouvert le bénéfice des règles sur la citoyenneté européenne en dehors de tout exercice de la liberté de circulation. Parce que le refus des autorités belges conduisait à traiter de manière identique les enfants binationaux et les enfants ayant la seule nationalité belge, la CJCE a admis la discrimination fondée sur la nationalité ainsi que son caractère injustifié. Il est ainsi clairement établi dans cet arrêt que c'est la reconnaissance préalable de la citoyenneté européenne qui a permis à la CJCE de soumettre les règles internes régissant le nom de famille au principe européen de non-discrimination.

73. Il ne s'agit pas d'une jurisprudence isolée puisque la CJCE l'a confirmée dans l'affaire *Grunkin*²⁷⁷. Dans cette affaire, M. Grunkin et Mme Paul, deux époux allemands, ont donné naissance à leur fils au Danemark. L'enfant s'est vu attribué le nom Grunkin-Paul, conformément à la loi danoise. De son côté, l'état civil allemand s'est opposé à la transcription du nom composé et lui a attribué le nom du père, conformément au droit international privé allemand. La CJCE a jugé que le fait, pour un citoyen européen, de changer de nom de famille au gré des frontières européennes franchies constituait une entrave au principe communautaire de la libre circulation des personnes. C'est la raison pour laquelle elle a écarté la loi du pays de la nationalité de l'enfant au profit de celle du pays de naissance et de résidence, c'est-à-dire de l'Etat membre dont les services d'état civil ont été saisis les premiers.

L'application du principe de liberté de circulation des personnes dans cette affaire a été particulièrement retentissante. Pas seulement parce qu'elle permet au droit de l'Union européenne de pénétrer un sujet relevant en théorie de la compétence exclusive des Etats membres²⁷⁸, mais aussi parce qu'elle évince le droit international privé allemand, alors légitimement applicable au vu de la nationalité de l'enfant. La CJCE fait donc prévaloir le droit à la libre circulation des citoyens européens sur les techniques classiques du droit international privé.

²⁷⁷ CJCE, arrêt *Grunkin c. Standesamt Niebüll*, aff. C-353/06, 14 oct. 2008 : *Dr. fam.* 2009, comm. 50, pp. 46-48, note F. Viangalli ; *Europe*, 2008, comm. n° 397, p. 9, F. Kauff-Gazin ; *A.J.D.A.*, 2008, p. 2331 ; *Europe*, 2008, comm. n° 431, p. 28, L. Idot ; *JCP G.*2008. II. 10071, pp. 36-38, A. Devers ; *D.* 2009, pp. 845-848, F. Boulanger ; *R.C.D.I.P.* 2009, pp. 87-93, P. Lagarde, *J.D.I.* 2009, pp. 207-216, L. D'Avout ; *J.D.I.* 2009, pp. 645-646 ; *JCP. G.* 2008. I. 107, n° 4, obs. E. Fongaro.

²⁷⁸ C. Nourissat, La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : source de renouvellement du droit privé ou renouvellement des sources du droit privé ?, dans *Les sources du droit. Aspects contemporains*, op. cit., pp. 147-162, spéc. p. 150.

74. La lecture des arrêts *Avello* et *Grunkin* permet d'affirmer que le principe de libre circulation des personnes implique en droit de l'Union européenne une « unité patronymique transfrontière »²⁷⁹. Une telle incidence du principe de liberté est critiquable puisqu'elle induit indirectement une soumission de certains Etats membres aux règles du droit de la famille d'autres Etats²⁸⁰ et se veut donc peu respectueuse de la diversité des droits nationaux. Cette jurisprudence ambitieuse de la CJCE a valu un rappel à l'ordre de l'Union européenne émanant de la Cour constitutionnelle allemande. Cette dernière a en effet rappelé, dans sa décision du 30 juin 2009 relative à la constitutionnalité du Traité de Lisbonne, la limite des compétences de l'Union en ce qui concerne le droit international privé de la famille²⁸¹.

75. La CJUE n'est sans doute pas restée insensible à cette réaction nationale puisqu'elle fait désormais place aux respect des identités nationales dans l'appréciation du caractère raisonnable de l'atteinte portée à la libre circulation du citoyen européen par le droit interne relatif au nom de famille. Deux arrêts permettent d'en rendre compte : l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*²⁸² et l'arrêt *Malgożata Runevič-Vardyn*²⁸³. Ces deux affaires soulèvent la question du respect du droit de l'Union européenne, et plus particulièrement des droits liés à la citoyenneté européenne, par les règles nationales relatives à la transcription du nom de famille dans les actes d'Etat civil. Parce que dans chaque espèce, les requérants ressortissants d'un Etat membre avaient fait usage de leur liberté de circulation sur le territoire d'un autre Etat membre, la CJUE leur a reconnu le droit de se prévaloir des droits attachés à la citoyenneté européenne. La jurisprudence de la Cour reste ainsi constante en ce qui concerne l'incidence de la citoyenneté européenne et de la libre circulation sur le nom de famille.

Elle évolue néanmoins en ce qui concerne l'appréciation des raisons avancées par l'Etat afin de justifier les atteintes portées au principe de la libre circulation par son système interne de transcription du nom de famille. Elle admet en effet expressément que l'Union européenne est tenue de respecter la diversité culturelle et linguistique ainsi que l'identité nationale de ses Etats membres. Elle reconnaît ainsi la nécessité de mettre en balance le respect du droit de l'Union européenne et le respect des traditions nationales dont l'article 22

²⁷⁹ F. Viangalli, note sous *arrêt Grunkin*, *préc.*, spéc. p. 48.

²⁸⁰ L. Idot, rapport introductif, art. *préc.*, spéc. p. 29.

²⁸¹ B VerfG., 30 juin 2009, Lisbonne, spéc. § 368-369, RDP. 10, n° 1, p. 171.

²⁸² CJUE, 2^e ch., 22 déc. 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* : *Europe*, 2011, Comm. n° 40, note D. Simon ; *JCP*. G. 2011, n° 3, p.111, note F. Picod ; *A.J.D.A.*, 2011, n° 5, p.264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat.

²⁸³ CJUE, 2^e ch., 12 mai 2011, aff. C-391/09, *Malgożata Runevič-Vardyn, tukasz Pawel Wardyn* : *Europe*, 2011, Comm. n° 238, note D. Simon.

de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 4 § 2 du Traité UE se portent garants.

B. L'intervention en droit de la famille par le moyen de la protection des droits de l'homme

76. Totalement absents des traités fondateurs, les droits fondamentaux ne figuraient pas, à l'origine, au centre des préoccupations des rédacteurs des traités de base, très attachés à la vocation essentiellement économique de la Communauté. Très vite la construction communautaire s'est heurtée à la crainte des autorités nationales²⁸⁴ de voir les droits fondamentaux des personnes bafoués en cas d'interférence de ces droits avec le droit communautaire du fait de l'application du principe de primauté du droit communautaire. Ce poids des origines fondé sur l'idée selon laquelle la dimension économique de la Communauté était incompatible avec les droits fondamentaux, a rendu nécessaire la consécration progressive des droits fondamentaux par le droit de l'Union européenne²⁸⁵(1), laquelle trouve son point culminant dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2).

1. La consécration progressive des droits fondamentaux dans le droit de l'Union européenne

77. La protection des droits fondamentaux de la personne au sein de l'Union européenne n'est pas née brutalement avec l'adoption de la Charte des droits fondamentaux. La CJCE a joué un rôle précurseur en la matière. Elle a pu travailler dans ce sens grâce à l'article 220 du Traité CE lui conférant la responsabilité d'interpréter le traité et de veiller au respect du droit communautaire. L'arrêt *Stauder*²⁸⁶ mentionne « les droits fondamentaux de la personne [sont] compris dans les principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect ». Par cet arrêt, la Cour de Luxembourg s'est reconnue la mission d'assurer le respect des droits fondamentaux par les institutions communautaires et les Etats membres lorsqu'ils agissent dans le domaine du droit communautaire. Cette ambition a été confirmée et précisée dans

²⁸⁴ Voir Décision de la Cour constitutionnelle allemande en date du 29 mai 1974, *Internationale Handesgesellschaft / EVG, R.T.D.eur.*, 1975, p. 316. Le juge allemand admettait qu'une norme communautaire soit inappliquée au motif qu'elle heurtait un des droits fondamentaux garantis par la loi fondamentale. L'effectivité du droit communautaire dépendait donc de la protection des droits fondamentaux.

²⁸⁵ H. Oberdorff, *L'Union européenne*, Presses universitaires de Grenoble, 2010, pp. 71-77.

²⁸⁶ Arrêt du 12 novembre 1969, affaire 29/69, Rec. , p. 419.

l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*²⁸⁷ soulignant que le « respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux de droit dont la Cour de justice assure le respect. La sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté ». Les références de la Cour ont été élargies dans l'arrêt *Nold*²⁸⁸ et *Rutili*²⁸⁹ aux « instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré, [qui] peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire », telle la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

78. Parallèlement à cette initiative jurisprudentielle, l'intérêt porté à la sauvegarde des droits fondamentaux a été relayé par les instances normatives de l'Union européenne et notamment par les premiers débats du Parlement européen sur la protection des droits fondamentaux des « citoyens de la Communauté européenne »²⁹⁰. A l'occasion d'une Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission, concernant le respect des droits fondamentaux et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les institutions de décision de l'Union européenne ont souligné « l'importance primordiale qu'ils attachent au respect des droits fondamentaux tels qu'ils résultent notamment des constitutions des Etats membres ainsi que de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »²⁹¹.

79. En outre, les droits fondamentaux ont fait l'objet d'une véritable consécration normative. Les références explicites aux droits fondamentaux dans les Traités modificatifs les plus récents témoignent de leur consécration par le droit primaire²⁹². L'acte unique européen visant à la réalisation du marché intérieur fait, pour la première fois dans l'histoire de la construction communautaire, explicitement référence aux droits fondamentaux dans son

²⁸⁷ Arrêt du 17 décembre 1970, affaire 11/70, Rec. , p. 1125.

²⁸⁸ Arrêt du 14 mai 1974, affaire 4/73, Rec. , p. 491.

²⁸⁹ Arrêt du 28 octobre 1975, affaire 36/75, Rec. , p. 1219 : *R.T.D.eur.*, 1976, pp. 141-144, G. Lyon-Caen ; *Cah. dr. eur.* 1976, pp. 58-67, C. Tomuschat ; *RMC*, 1976, pp 201-223, D. Simon ; *R.C.D.I.P.* 1976, pp. 301-318, L. Dubouis.

²⁹⁰ Résolution sur l'UE adoptée par le Parlement européen le 10 juillet 1975, JOCE n° C-179 du 6 août 1975, p. 28, § 12.

²⁹¹ JOCE n°C 103 du 27 avril 1977, pp. 1-2, point 1.

²⁹² E. decaux, Mieux vaut deux fois qu'une..., *Droits fondamentaux*, n° 4, janv.-déc. 2004, consultable sur : <http://www.droits-fondamentaux.org/IMG/pdf/df4ededito.pdf>

préambule. Le Traité de Maastricht²⁹³ et le Traité d'Amsterdam²⁹⁴ ont poursuivi cette tendance en les élevant dans le corps même du traité au rang des principes et objectifs du droit communautaire. Le traité d'Amsterdam est allé plus loin en soumettant l'adhésion des pays candidats à l'Union européenne au respect des principes fondamentaux²⁹⁵, en consacrant explicitement la compétence de la CJUE à la protection des droits fondamentaux²⁹⁶ et en introduisant un mécanisme politique destiné à sanctionner les violations les plus graves par les Etats membres²⁹⁷. Le Traité de Nice a complété ce dispositif en l'assortissant d'un mécanisme de prévention.

2. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

80. En juin 1999, le Conseil européen de Cologne²⁹⁸, jugeant opportun de réunir les droits fondamentaux en vigueur au niveau de l'Union européenne dans une Charte de manière à leur donner une plus grande visibilité, a pris l'initiative de lancer le processus d'établissement d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'élaboration de la Charte a été entamée après le Conseil européen de Tampere en octobre 1999²⁹⁹. Son projet a été approuvé au Conseil européen de Biarritz en octobre 2000³⁰⁰ et elle a abouti à une proclamation solennelle à Nice en décembre 2000³⁰¹. Destinée, selon les propos de Monsieur Roman Herzog, Président de la Convention, à « faire régner dans l'Union européenne un esprit privilégiant l'être humain et défendant sa dignité »³⁰², la proclamation de cette Charte a confirmé l'importance accordée aux droits des personnes dans la poursuite de la construction européenne.

81. Plusieurs dispositions afférentes à la famille et aux droits de ses membres y figurent. Elle comporte notamment des dispositions relatives au respect de la vie privée et familiale

²⁹³ Art. F. 2, J. 1, § 2 et K. 2, § 1 du Traité de Maastricht.

²⁹⁴ Art. 6 du Traité CE.

²⁹⁵ Art. 49 du Traité CE.

²⁹⁶ Art. 46 du Traité CE.

²⁹⁷ Art. 7 du Traité CE.

²⁹⁸ Voir Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Cologne, 3 et 4 juin 1999, points 44 et 45. Voir : http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_fr.htm

²⁹⁹ Voir Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999. Voir : http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm

³⁰⁰ Voir compte rendu du Conseil européen informel de Biarritz, 13 et 14 octobre 2000, II. Voir : http://www.senat.fr/europe/biarritz_2000.pdf

³⁰¹ Voir Conclusions du Conseil européen de Nice, 7,8 et 9 décembre 2000, I, 2. Voir : http://www.europarl.europa.eu/summits/nice1_fr.htm

³⁰² J.-Y. Carlier, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, op. cit., spéc. n° 132, p. 209.

(art. 7), au droit de se marier et de fonder une famille (art. 9). Ces deux dispositions rappellent celles de la Conv. ESDH, à un point tel que la doctrine a pu affirmer qu'il s'agissait du reflet des articles 8 et 12 de la Conv. ESDH. Elle énonce le principe d'égalité entre les femmes et les hommes dans tous les domaines, tel le domaine familial (art. 23), et assure la protection juridique, économique et sociale de la famille (art. 33). Ces dispositions font une nouvelle fois écho à celles figurant dans la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe³⁰³. Elle innove par contre en ce qui concerne la protection des enfants. Elle fait de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions qui le concernent et du droit d'entretenir des relations personnelles avec ses deux parents de véritables droits fondamentaux de l'enfant (art.24). De telles dispositions ne figurent pas parmi les droits fondamentaux assurés par la Conv. ESDH et la Charte sociale européenne. La Charte annonce une autre avancée juridique par rapport aux droits fondamentaux du Conseil de l'Europe puisqu'elle est le premier instrument juridique européen à faire figurer l'orientation sexuelle dans le champ d'application du principe de non-discrimination (art.21).

82. Parce qu'elle est intégrée dans le Traité de Lisbonne³⁰⁴ entré en vigueur le 1er décembre 2009, la Charte a acquis force obligatoire par l'insertion d'une mention lui reconnaissant la même valeur juridique que les Traités³⁰⁵. La protection des droits fondamentaux de la famille s'impose désormais aux institutions de l'Union européenne qui sont tenues de veiller au respect de ces droits dans la mise en œuvre des politiques de l'Union **(b)**. La CJUE, compétente pour assurer la sauvegarde des droits fondamentaux des citoyens européens et procéder à l'interprétation de ces droits, se présente dès lors sur le plan européen comme un organe juridictionnel supplémentaire de garantie des droits fondamentaux de la famille. Même si la Charte n'a revêtu aucune force contraignante jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, elle n'en a pas moins exercé une certaine influence sur les institutions de l'Union européenne qui ont multiplié les initiatives en matière de protection de la famille et de ses membres **(a)**.

³⁰³ Voir article 16 et 20 de la Charte sociale européenne.

³⁰⁴ Art. 6 du Traité de Lisbonne.

³⁰⁵ J.-P. Jacqué, Les droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne, *L'Obs. de Brux.*, 2010, n° 80, pp. 17-20, spéc. p. 17.

a. *L'influence de la Charte avant son entrée en vigueur*

83. Jusqu'à son entrée en vigueur, la Charte n'avait, en théorie, aucune force juridique contraignante. Elle était seulement un accord interinstitutionnel engageant le Parlement, le Conseil et la Commission. En d'autres termes, elle était un engagement de comportement de la part des institutions communautaires, les liant politiquement et moralement sans créer d'obligations juridiques à l'égard des tiers. Il n'en demeure pas moins que dans la pratique, elle a déployé ses effets et exercé une influence certaine dans le processus normatif de l'Union européenne.

La Charte était, en effet, la « pierre de touche » des actions de la Commission³⁰⁶, qui examinait toute nouvelle proposition de loi européenne ou tout autre instrument législatif de manière à s'assurer de sa conformité avec la Charte. Comme l'indiquait le mémorandum, la conformité avec la Charte devait « constituer un impératif dans l'action quotidienne de la commission, aussi bien dans [ses] relations avec les citoyens et les destinataires de [ses] décisions que dans [ses] règles et procédures internes ». En conséquence, tout nouvel instrument législatif ayant un rapport, quel qu'il soit, avec les droits fondamentaux devait contenir un considérant supplémentaire attestant formellement du respect de la Charte³⁰⁷. A titre d'exemple, la Commission s'est appuyée sur la Charte pour inclure le droit de l'enfant au maintien de relations régulières avec ses parents et à être entendu dans le règlement *Bruxelles II Bis*³⁰⁸, dont le considérant 33 précise que le « présent règlement reconnaît les droits fondamentaux et observe les principes consacrés par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il veille notamment à assurer le respect des droits fondamentaux de l'enfant tels qu'énoncés à l'article 24 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

84. La Commission a également manifesté sa soumission aux droits consacrés dans la Charte par la création en septembre 2002 d'un réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux (CFR-CDF). Il a été mis sur pieds en réponse à une demande formulée par le Parlement européen dans son rapport sur la situation des droits fondamentaux dans

³⁰⁶ Voir déclaration faite dans le mémorandum interne distribué à tous les départements de la Commission le 13 mars 2001 par son Président, M. Romano Prodi, et le Commissaire à la Justice et aux Affaires intérieures, M. Antonio Vitorino, Application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, SEC (2001) 380/3.

³⁰⁷ La pratique législative offre des exemples d'actes qui visent, dans leurs considérants, la Charte : voir 2^{ème} considérant de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, préc.

³⁰⁸ 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, J.O. n° L 338 du 23 décembre 2000, p. 1-29.

l'Union européenne en l'an 2000³⁰⁹. Il a pour tâche de préparer un rapport annuel sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et dans ses Etats membres en évaluant la mise en œuvre de chacun des droits énoncés par la Charte. Il est également chargé d'assister la Commission et le Parlement européen dans l'élaboration de la politique de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux et de fournir, sur la demande de la Commission européenne, des renseignements ponctuels et des avis³¹⁰.

En rapport avec cette mission, le CFR-CDF a, depuis sa création, émis deux avis sur la question familiale. Il a en effet été saisi le 10 mars 2003 par la Commission européenne de plusieurs questions demandant une appréciation, au regard des droits fondamentaux, portant sur la prise en compte des formes d'union entre partenaires non mariés ainsi que des mariages entre personnes de même sexe dans la proposition modifiée de directive du Parlement 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 Etats membres. En réponse, il a transmis à la Commission l'avis n° 1-2003 du 10 avril 2003³¹¹. Il a également émis un avis sur la possibilité de la reconnaissance, par chaque Etat membre, du mariage homosexuel ouvert aux Pays-Bas et en Belgique et le rôle de l'exception d'ordre public international au droit international privé de chaque Etat membre le 30 juin 2003³¹². Il a, par ailleurs, procédé à la rédaction des commentaires de la Charte des droits fondamentaux en juin 2006.

85. Dans le cadre des rapports annuels sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne, le réseau d'expert assure le suivi de la situation des droits fondamentaux et notamment ceux ayant trait à la question familiale dans les Etats membres et dans l'Union sur la base de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. A partir de cette évaluation, les membres du réseau identifient les principales conclusions et recommandations de l'année écoulée, les réunissent dans un rapport de synthèse qu'ils remettent aux institutions européennes pour qu'elles remédient à certaines défaillances.

C'est notamment à la requête de la Commission européenne et du Parlement européen que le Réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux a décidé de concentrer son Observation thématique n° 4 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant dans

³⁰⁹ Résolution du Parlement européen du 5 juillet 2001 sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Résolution A5-0223/2001.

³¹⁰ D. Sinou, Les activités du réseau d'experts indépendants de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux, *Droits fondamentaux*, n° 3, janv.-déc. 2003, consultable sur : http://www.droits-fondamentaux.org/article.php?id_article=75

³¹¹ CFR-CDF. avis 1-2003.

³¹² CFR-CDF. avis 2-2003.

l'Union européenne³¹³. La Commission a fait cette demande dans l'optique de la mise en place d'une stratégie européenne sur les droits de l'enfant qu'elle a par la suite adoptée dans une communication en date du 4 juillet 2006³¹⁴, c'est-à-dire, une fois convaincue de la valeur ajoutée d'une action de l'Union dans ce domaine. Cette stratégie vise à promouvoir et à protéger efficacement les droits de l'enfant dans le cadre des politiques internes et externes de l'Union européenne ainsi qu'à soutenir les efforts déployés en la matière par les Etats. Dans sa communication relative aux objectifs stratégiques 2005-2009, la Commission avait déjà fait des droits de l'enfant l'une de ses premières priorités³¹⁵. Les différentes initiatives prises par la Commission européenne en matière de droits des enfants témoignent de son attachement au respect des droits familiaux énoncés dans la Charte.

86. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a également constitué une référence juridique pour la CJCE lorsqu'elle a vérifié la conformité de la directive 2003/86 CE³¹⁶ sur le regroupement familial au droit au respect de la vie familiale consacré à l'article 8 de la Conv. ESDH et l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³¹⁷. La Cour de justice a tiré argument de l'allusion à la Charte dans les considérants d'un texte de droit dérivé pour reconnaître son importance en tant qu'instrument juridique³¹⁸. Elle a en effet confirmé la validité de la directive en indiquant que « si cette charte ne constitue pas un instrument juridique contraignant le législateur communautaire a cependant entendu en reconnaître l'importance en affirmant, au deuxième considérant de la

³¹³ Thematic comment n°4 : implementing the rights of the child in the european union, 20 may 2006, CFR-CDF, Them.Comment.2005.doc.

³¹⁴ Vers une stratégie européenne sur les droits de l'enfant, COM (2006) 367 final.

³¹⁵ Objectifs stratégiques 2005-2009. Europe 2010 : un partenariat pour le renouveau européen- Prospérité, solidarité et sécurité, COM (2005) 12 du 26 janvier 2005.

³¹⁶ Directive du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, J.O. n° L 251/12 du 3 octobre 2003.

³¹⁷ CJCE, arrêt *Parlement c/ Conseil*, 27 juin 2006, Aff. C-540/03, Rec., p. I-5769 : *Europe*, 2006, comm. n° 236, pp. 13-14, F. Kauff-Gazin ; *Rev. Lamy Concurrence*, 2006, n° 9, p. 64-66, C. Nourissat ; *R.T.D.eur.*, 2006, pp. 673-685, B. Masson ; *A.J.D.A.*, 2006, pp. 2286-2288, L. Burgogue-Larsen ; *Rev. dr. UE*, 2006, n° 3, pp. 702-706, E. SanfrutosCano ; *R.T.D.H.*, 2008, pp. 595-609, D. Martin ; *L'Europe des Libertés : Rev. d'actualité jur.*, 2006, n° 21, pp. 9-15, H. Brodier ; *J.D.I.* 2007, pp. 636-639, S. Francq.

³¹⁸ Avant cette affaire, les avocats généraux de la CJCE s'y sont référés plusieurs fois en l'utilisant comme une source permettant d'identifier les droits fondamentaux communautaires malgré l'absence de force formellement contraignante de celle-ci. A titre d'exemple, peuvent-être citées les conclusions présentées le 22 février 2001 par l'avocat général J. Mischo dans l'affaire *D. et Royaume de Suède c. Conseil*. Cette affaire concernait le cas d'un fonctionnaire suédois ayant fait enregistrer en Suède un partenariat avec un ressortissant de même sexe et avait demandé que son statut de partenaire enregistré soit assimilé à un mariage en vue d'obtenir le bénéfice d'un avantage prévu par le statut de fonctionnaire. L'avocat général avait invoqué l'article 9 de la Charte, éclairé à la lumière des explications établies sous la responsabilité du présidium de la Convention afin de confirmer la différence de situation entre le mariage, d'une part, et l'union entre personnes du même sexe, d'autre part. Cette référence n'a pas été reprise par la CJCE encore réticente à l'utiliser.

directive, que cette dernière respecte les principes qui sont reconnus non seulement par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais également par la Charte. »³¹⁹. Dans le cadre de cette affaire, elle a en outre affirmé que cette directive devait être interprétée à la lumière du droit au respect de la vie familiale et de l'intérêt supérieur de l'enfant³²⁰.

87. Même si initialement le législateur communautaire entendait davantage éliminer toute entrave à l'exercice effectif des libertés garanties par les traités communautaires et donc assurer la réalisation des fondements essentiels de la Communauté plutôt que d'assurer le droit au respect à la vie familiale, cette prééminence de l'intérêt économique sur le droit au respect de la vie familiale s'est amenuisée au fil du temps pour que finalement le regroupement familial n'apparaisse plus comme un droit accessoire à la liberté de circulation du travailleur, mais comme une conséquence directe de l'application en droit communautaire du droit au respect de la vie familiale, droit fondamental garanti par les institutions de l'Union européenne au même titre que le droit à la libre circulation. Cette évolution est manifeste tant dans les textes adoptés par les institutions de l'Union européenne que dans la jurisprudence de la CJUE.

L'ensemble des règles de droit dérivé ayant précédé la directive 2003/86/CE³²¹ ne faisait aucunement référence à la protection de la vie familiale comme fondement du regroupement familial. Tandis que la directive de 2003 énonce clairement dans son deuxième considérant que « les mesures concernant le regroupement familial devraient être adoptées en conformité avec l'obligation de protection de la famille et de respect de la vie familiale qui est consacrée dans de nombreux instruments du droit international »³²² pour ensuite affirmer qu'« afin d'assurer la protection de la famille ainsi que le maintien ou la création de la vie familiale, il importe de fixer, selon des critères communs les conditions matérielles pour l'exercice du droit au regroupement familial »³²³. Le droit au respect à la vie familiale tend donc désormais à jouer un rôle dans l'interprétation des objectifs poursuivis par le droit de l'Union européenne.

³¹⁹ Arrêt précité, point 38.

³²⁰ Arrêt précité, point 58.

³²¹ Directive du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial.

³²² Deuxième considérant du préambule de la directive.

³²³ Sixième considérant du préambule de la directive.

88. Une telle évolution peut également être constatée dans la jurisprudence de la CJUE. Si dans un premier temps, il était de jurisprudence constante que l'exercice effectif du droit à la libre circulation était le fondement essentiel du droit du travailleur migrant de se faire rejoindre par sa famille, la Cour de Luxembourg a, par la suite, fait du droit au respect de la vie familiale le fondement principal du droit au regroupement familial. Les arrêts *Diatta*³²⁴, *Reed*³²⁵, *Singh*³²⁶ et *Di Léo*³²⁷ indiquaient explicitement que le droit de se faire rejoindre par sa famille avait pour finalité de faciliter l'intégration du travailleur et corrélativement de contribuer à la réalisation des objectifs communautaires sans faire aucune allusion à la protection de la vie familiale du travailleur. Plus récemment, les arrêts *Carpenter*³²⁸, *MRAX*³²⁹, *Baumbast*³³⁰ et *Akrich*³³¹ indiquent que le principe de libre circulation des personnes doit être interprété à la lumière de l'exigence du respect de la vie familiale en tant que droit fondamental reconnu et protégé par le droit de l'Union européenne et soulignent l'importance que revêt du point de vue humain, pour le travailleur, le regroupement de sa famille à ses côtés.

b. L'influence de la Charte depuis son entrée en vigueur

89. L'entrée en vigueur de la Charte vient renforcer la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union puisqu'elle rend contraignante l'application de ses dispositions par les institutions de l'Union européenne dans le cadre de l'exercice de leurs compétences³³². A cet effet, la Commission a adopté une stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne³³³. Parce que l'exemplarité de l'Union est

³²⁴ Arrêt du 13 février 1985, aff. 267/83, Rec. , p. 567, points 14,15 et 16.

³²⁵ Arrêt du 17 avril 1986, aff. 59/85, Rec. , p.1283, point 28 : *J.D.I.* 1987, pp. 434-435, M.-C. Boutard-Labarde.

³²⁶ Arrêt du 7 juillet 1992, aff. C-370/90, Rec. , p. I-4265, point 20: *LPA*, 1993, n° 9, pp. 25-26, L. Cartou; *J.D.I.* 1993, pp. 426-427, M.-C. Boutard-Labarde.

³²⁷ Arrêt du 13 novembre 1990, aff. C-308/89, Rec. , p. I-4185, point 13: *J.D.I.* 1991, p. 469, M.-C. Boutard-Labarde.

³²⁸ Arrêt du 11 juillet 2002, aff. C-60/00, Rec. , p. I-6279, points 38, 39, 41 et 46 : *J.D.I.* 2003, pp. 593-596, M. Luby.

³²⁹ Arrêt du 25 juillet 2002, aff. C-459/99, Rec. , p. I-6591, point 53: *Rev. dr. des étrangers*, 2002, pp. 448-456, P. Lardinois : *J.D.I.* 2003, pp. 593-596, M. Luby

³³⁰ Arrêt du 17 septembre 2002, aff. C -413/99, Rec. , p. I-7091, points 68 et 72 : *R.A.E.* 2001-02, pp. 1092-1101, L. Azoulay ; *J.D.I.* 2003, pp. 596-598, M. Luby.

³³¹ Arrêt du 23 septembre 2003, aff.C-109/01, Rec., p. I-9607, points 58 et 59 : *A.J.D.A.* 2004, p. 320, J.-M. Belorgey ; *D.* 2004, jur., pp. 1063-1064, M. Sousse ; *J.D.I.* 2004, pp. 580-581, M. Luby ; *Cah. dr. eur.* 2004, pp. 261-288, R. Plender.

³³² F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., spéc. p. 158 ; V. Redling, Le traité de Lisbonne et l'espace de liberté, de sécurité et de justice, *L'Obs. de Brux.*, 2010, n° 80, pp. 12-16, spéc. p. 14.

³³³ Voir la Communication de la Commission « Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne », COM (2010) 573/4, 19 oct. 2010.

indispensable à la crédibilité de son action tant à l'égard des citoyens européens qu'à l'égard des Etats membres, la Commission entend « rendre les droits fondamentaux contenus dans la Charte aussi effectifs que possible dans l'Union »³³⁴. C'est la raison pour laquelle la Commission s'astreint à un contrôle systématique de la compatibilité de ses propositions et de ses actes avec la Charte à tous les stades de la procédure législative³³⁵.

Les projets d'instruments ou actes élaborés en matière familiale postérieurement à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne n'ont pas échappé à ce contrôle³³⁶. A titre d'exemple, l'exposé des motifs de la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux³³⁷ fait état de sa conformité, non seulement, au droit au respect de la vie privée et familiale et au droit de se marier et de fonder une famille prévus aux articles 7 et 9 de la Charte, mais aussi au droit de propriété et au principe de non-discrimination visés aux articles 17 et 21 de la Charte.

90. Les autres institutions de l'Union européenne sont également tenues d'appliquer la Charte, la CJUE y comprise. Cette dernière multiplie les références³³⁸ à des fins de contrôle de conformité à la Charte ou à des fins d'interprétation du droit dérivé de l'Union européenne. La Charte constitue notamment un instrument de référence dans l'interprétation jurisprudentielle du règlement *Bruxelles II Bis*³³⁹. Les arrêts *J. McB*³⁴⁰ et *Joseba Andoni Aguirre Zarraga*³⁴¹ permettent de le relever.

³³⁴ Communication précitée.

³³⁵ Voir le rapport 2010 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, sur l'application de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, COM (2011) 160 final, 30 mars 2011.

³³⁶ Voir l'exposé des motifs de la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, COM (2011) 127/2 ; voir le considérant 14 de la décision 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, 2010/405/UE ;

³³⁷ COM (2011) 126/2.

³³⁸ Voir notamment en ce qui concerne la jurisprudence récente sur le nom de famille, les arrêts *Sayn-Wittgenstein* et *Malgožata Runevič-Vardyn, tukasz Pawel Wardyn*, préc. La CJUE y rappelle, à titre liminaire, que « le nom d'une personne est un élément constitutif de son identité et de sa vie privée dont la protection est consacrée par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux ». Sur le regroupement familial, CJUE, 4 mars 2010, aff. C-578/08, *Rhimou Chakroun c. Minister van Buitenlandse Zaken* : *Europe*, 2010, Comm. n° 162, note L. Driguez.

³³⁹ Voir notamment l'arrêt *Jasna Detiček c. Maurizio Sgueglia*, CJUE, 23 déc. 2009, aff. C-403/09 PPU, § 53 et s. : *Procédures*, 2010, n° 3, Comm. n° 73, note C. Nourissat ; *Europe*, 2010, Comm. n° 57, note L. Idot ; *D.* 2010, p. 1055, note C. Brière ; *AJ fam.* 2010, p. 131, note A. Boiché ; *D.* 2010, p. 1585, obs. P. Courbe et F. Jault-Seséke ; voir également l'arrêt *Doris Povse c. Mauro Alpago*, CJUE, 1^{er} juin 2010, aff. C-211/10 PPU, § 64 : *JCP. G.* 2010. II. 956, note A. Devers ; *R.T.D. civ.* 2010, p. 748, P. Rémy-Corlay.

³⁴⁰ CJUE, 5 oct. 2010, aff. C-400/10 PPU, *J. McB c. L.E. : Dr. fam.* 2011, n° 3, Comm. n° 50, p. 45, note M. Farge ; *JCP. G.* 2010. 1327, note F. Boulanger ; *Europe*, 2010, Comm. n° 447, note L. Idot ; *Procédures*, 2010,

91. Dans la première affaire, la CJUE était interrogée sur la conformité à la Charte d'une législation soumettant le droit de garde du père naturel à une décision judiciaire et l'empêchant dès lors de bénéficier des dispositions internationales et européennes relatives au déplacement illicite d'enfants. Cette question préjudicielle a été soulevée dans le cadre d'un différend opposant un ressortissant irlandais et son ex-concubine d'origine britannique. Victime d'agressions de son compagnon, cette dernière s'est installée dans un refuge familial avec ses enfants avant de quitter l'Irlande pour se rendre en Angleterre. Le père des enfants a, dès lors, saisi la High Court of justice en vue d'obtenir le retour des enfants sur le fondement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et du règlement *Bruxelles II Bis*. La juridiction saisie l'a débouté de sa demande faute pour celui-ci de produire, conformément à l'article 15 de la Convention de 1980, une décision ou une attestation émanant des autorités irlandaises constatant le droit de garde effectif du père et permettant ainsi de caractériser l'enlèvement illicite des enfants.

La CJUE, alors saisie par la juridiction de renvoi, déclare que le règlement *Bruxelles II Bis*, tel qu'interprété à la lumière de la Charte des droits fondamentaux, ne s'oppose pas à ce que l'acquisition du droit de garde du père naturel soit soumise à une décision judiciaire. Pour aboutir à cette conclusion, la Cour s'est référée au droit de la vie privée et familiale protégé par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le droit de l'enfant à maintenir des relations personnelles avec ses deux parents garanti par l'article 24 de la Charte. En s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour EDH, la CJUE a jugé que l'absence d'acquisition automatique du droit de garde au profit du père naturel n'affectait pas son droit à la vie privée et familiale dès lors qu'il avait la possibilité de l'obtenir par la voie judiciaire³⁴². Elle a en outre refusé de traduire le droit de l'enfant d'entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses deux parents par un droit à l'attribution automatique de la garde au profit du père naturel après avoir constaté la diversité des législations nationales sur la question de l'attribution de la responsabilité parentale aux parents non mariés et séparés³⁴³. Cet arrêt est ainsi particulièrement illustratif de l'intérêt que la CJUE porte à respecter les différentes traditions juridiques des Etats membres conformément aux prescriptions de l'article 67 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Comm. n° 405, note C. Nourissat ; *AJ fam.* 2010, pratique, p. 482, note A. Boiché ; *D.* 2010, p. 2516, obs. I. Gallmeister ; *R.T.D. civ.* 2010, p. 748, P. Rémy-Corlay.

³⁴¹ CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-491/10 PPU, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz* : *Dr. fam.* 2011, n° 4, Comm. n° 66, note E. Viganotti ; *Europe*, 2011, n° 3, Comm. n° 118, note L. Idot

³⁴² Voir § 53 à 59 de l'arrêt.

³⁴³ Voir § 60 à 62 de l'arrêt.

92. Le second arrêt s'inscrit dans le cadre d'une procédure judiciaire opposant un ressortissant hispanique et son ex-épouse d'origine allemande au sujet du retour en Espagne de leur enfant séjournant illicitement en Allemagne avec sa mère. Dans cette affaire, la CJUE est interrogée sur la possibilité pour la juridiction de l'Etat membre requis de s'opposer à l'exécution d'une décision certifiée par le juge de l'Etat d'origine et ordonnant le retour de l'enfant lorsque celle-ci est entachée d'une violation du droit de l'enfant à être entendu. La CJUE a refusé d'admettre une telle dérogation à la force exécutoire de la décision certifiée après avoir rappelé que le mécanisme prévu par le règlement *Bruxelles II Bis* repose sur la confiance mutuelle des Etats membres et a ensuite précisé que l'appréciation de la violation du droit de l'enfant à être entendu relevait exclusivement de la compétence des juridictions de l'Etat membre d'origine.

La CJUE n'a, en outre, pas manqué d'apporter quelques précisions en ce qui concerne l'interprétation du droit de l'enfant à être entendu au sens du règlement *Bruxelles II Bis* afin de guider les juridictions d'origine dans leur appréciation. Elle l'a fait à la lumière de l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elle a déduit de la formulation de cette disposition que l'audition de l'enfant, dans le cadre d'une procédure de retour de l'enfant, demeure une possibilité pour le juge sans constituer une obligation absolue³⁴⁴ et doit faire l'objet d'une appréciation casuistique en fonction des exigences liées à l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle précise, en outre, que dans l'hypothèse où le juge décide d'entendre l'enfant, l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux exige du juge qu'il use de tous les moyens procéduraux dont il dispose au niveau national ou international en vue d'offrir à l'enfant une réelle possibilité de s'exprimer. Cela laisse donc supposer qu'une décision prise par la juridiction de l'Etat d'origine sans audition de l'enfant, pourtant envisagée, demeure conforme au droit de l'enfant à être entendu tel qu'il est garanti par l'article 24 de la Charte, dès lors que le juge a tout mis en œuvre pour rendre effective l'audition de l'enfant. En d'autres termes, le défaut d'audition de l'enfant n'est pas systématiquement constitutif d'une violation des droits fondamentaux de l'enfant.

³⁴⁴ Voir § 64 de l'arrêt.

§2. La famille et l'espace de justice

93. La création de l'espace de justice est un corolaire indispensable à la création de l'espace de liberté. A mesure que les frontières intérieures ont été abolies et que le principe de libre circulation des personnes a été élargi, la nécessité de protéger les intérêts des citoyens européens est apparue. En effet, la suppression des frontières intérieures a certes favorisé la mobilité des citoyens européens, mais elle a également contribué à la naissance de conflits transnationaux dont le règlement à la fois long et difficile relevant de règles de droit international privé fort divergentes pouvait décourager certains citoyens à exercer leurs droits. La coopération judiciaire civile s'est ainsi présentée comme l'élément-clé de la construction d'un véritable espace judiciaire dans l'Union européenne.

La promotion de la coopération judiciaire civile a fait émerger la possibilité de légiférer dans le domaine familial touché également par le problème des litiges transfrontières. Cet objectif, introduit et renforcé par les divers traités modificatifs, a fourni une assise juridique et politique (A) aux multiples initiatives et projets entrepris en matière familiale par le droit de l'Union européenne (B).

A. Les bases juridiques et politiques de l'intervention de l'Union européenne

94. L'intérêt de l'Union européenne pour la coopération judiciaire civile s'est développé au gré de l'adoption des traités modificatifs. Initialement absente des traités fondateurs, l'idée de coopération judiciaire civile est néanmoins apparue assez tôt. En effet, les Etats membres ont adopté, dès 1968, des règles communes régissant la compétence et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale dans la Convention de Bruxelles³⁴⁵, ainsi que des règles de compétence législatives applicables aux obligations contractuelles dans la Convention de Rome³⁴⁶ de 1980.

Le traité de Maastricht a ensuite institutionnalisé cette coopération des Etats membres dans les domaines de la justice et des affaires intérieures en l'introduisant dans le troisième pilier non communautaire de l'Union européenne³⁴⁷. Communautarisée par le traité

³⁴⁵ Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, entrée en vigueur le 1^{er} février 1973.

³⁴⁶ Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991.

³⁴⁷ Titre VI du Traité de Maastricht.

d'Amsterdam³⁴⁸, la coopération judiciaire civile demeure au centre de l'activité de l'Union européenne puisque le Traité de Lisbonne la renforce non seulement en consacrant le principe de reconnaissance mutuelle, mais aussi en désolidarisant cette coopération du bon fonctionnement du Marché intérieur³⁴⁹.

95. La coopération judiciaire civile vise à simplifier l'environnement judiciaire des citoyens européens en encourageant la compatibilité des règles relatives aux conflits de lois et des règles sur la compétence judiciaire, en éliminant les obstacles au bon fonctionnement des actions civiles dans l'espace judiciaire européen³⁵⁰ et en assurant la libre circulation des décisions judiciaires et extrajudiciaires civiles en Europe³⁵¹. En résumé, elle tend à protéger l'exercice des droits civils des citoyens européens quel que soit l'Etat membre dans lequel ils se trouvent.

Le droit de la famille, matière de droit civil par excellence, n'a pas tardé à figurer parmi les priorités d'action du droit de l'Union européenne. L'instauration d'un espace judiciaire européen a en effet participé à l'intégration croissante des enjeux familiaux dans la compétence de l'Union européenne. La libre circulation des personnes a favorisé la mobilité des familles, la constitution de familles multinationales, c'est-à-dire composées de membres ayant la nationalité d'Etats différents et, corrélativement, la multiplication des conflits familiaux transfrontières. Ce point n'ayant pas échappé aux institutions de l'Union européenne, celles-ci n'ont pas hésité à introduire la matière dans leurs programmes de mise en œuvre de l'espace de Liberté, de Sécurité et de Justice³⁵².

³⁴⁸ Titre IV, art. 61 à 69 Tr. CE.

³⁴⁹ Conformément aux traités antérieurs au Traité de Lisbonne (ex. art. 65 Tr. CE), l'intervention communautaire en matière de coopération judiciaire civile n'était justifiée que pour les matières ayant une incidence transfrontière, et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du Marché intérieur.

³⁵⁰ Voir l'ex. art. 65 Tr. CE, J.O. n° C 340 du 10 nov. 1992 et l'art. 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, J.O. n° C83/49 du 30 mars 2010.

³⁵¹ A. Marmisse, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, PULIM, 2000.

³⁵² Voir notamment le Plan d'action de Vienne du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam relative à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, texte adopté par le Conseil justice et affaires intérieures du 3 déc. 1998, J.O. n° C 019/15 du 23 janv. 1999, spéc. II. Voir également le projet de programme des mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale, J.O. n° C 012/1 du 15 janv. 2001. Le Conseil et la Commission ont relevé que « c'est essentiellement dans le domaine du droit de la famille que des progrès sont nécessaires » en matière de reconnaissance mutuelle.

96. La concrétisation politique de l'espace judiciaire européen repose sur les programmes de Tampere (1999-2004)³⁵³, de La Haye (2005-2010)³⁵⁴ et de Stockholm (2010-2014) adoptés par le Conseil européen. Ces programmes constituent, pour les périodes concernées, une véritable feuille de route dirigeant les activités de l'Union européenne sur la question de la coopération judiciaire civile. C'est à l'occasion de ces programmes que le Conseil européen³⁵⁵ a émis le vœu d'étendre la coopération judiciaire civile au droit de la famille. Tant le programme de Tampere³⁵⁶ que le programme de La Haye³⁵⁷ ont soulevé l'intérêt de supprimer les obstacles législatifs et judiciaires au règlement des litiges familiaux ainsi que l'importance de la reconnaissance mutuelle des décisions mettant en jeu des intérêts familiaux.

Le Conseil européen a renouvelé ces vœux dans le programme de Stockholm. Selon lui, « la reconnaissance mutuelle devrait être étendue à des domaines encore non couverts, mais essentiels pour la vie quotidienne, tels que les successions et les testaments, les régimes matrimoniaux et les conséquences patrimoniales de la séparation des couples » et « le processus d'harmonisation des règles de conflit de loi au niveau de l'Union devrait également se poursuivre dans les domaines où cette harmonisation est nécessaire, tels que la séparation et le divorce »³⁵⁸. La coopération judiciaire civile ne concerne donc plus seulement le droit des affaires, elle intéresse également le droit de la famille.

³⁵³ Voir Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999. Selon les chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union européenne, la création d'un véritable espace européen de justice passe par un meilleur accès à la justice, la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et une convergence accrue des législations dans le domaine du droit civil. (point B).

³⁵⁴ Voir Le Programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne adopté lors du Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004, JOUE n° C 53/1 du 3 mars 2005. Ce programme affiche notamment comme objectif celui de faire progresser la reconnaissance mutuelle des décisions et des certificats judiciaires en matière civile et de supprimer les obstacles législatifs et judiciaires au règlement des litiges relevant du droit civil présentant des éléments transfrontières. (introduction).

³⁵⁵ Le Conseil européen, à ne pas confondre avec le Conseil de l'Union européenne, réunit les chefs d'Etat ou de gouvernement de l'Union européenne et le Président de la Commission européenne. Il définit les orientations politiques générales de l'Union européenne. Cette haute instance politique joue donc un rôle moteur en insufflant les priorités et les lignes directrices de la politique communautaire.

³⁵⁶ Programme adopté à l'issue du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 et couvrant la période de 1999 à 2004. Voir Conclusions de la Présidence, IV, point 25 et V, point 28, d). Consultables sur http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/00200-r1.f9.htm

³⁵⁷ Voir III, 3.4. du Programme de La Haye.

³⁵⁸ Programme de Stockholm : une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, adopté le 11 décembre 2009, J.O. n° C 115/1 du 4 mai 2010, voir 3.1.2.

B. Les initiatives de l'Union européenne en droit de la famille

97. Les programmes de Tampere, de La Haye et de Stockholm ayant visé le droit de la famille comme un domaine d'action prioritaire, le Conseil de l'Union européenne et la commission européenne ont élaboré des instruments de coopération judiciaire civile dans diverses matières du droit de la famille (1). Bien qu'entreprises sur le fondement juridique de la compétence de l'Union européenne en matière de coopération judiciaire civile³⁵⁹, ces mesures sont discutées quant à leur légitimité (2).

1. La diversité des matières familiales concernées par la coopération judiciaire civile

98. Conformément aux mandats politiques qui leurs ont été conférés³⁶⁰, les institutions de l'Union européenne ont jugé nécessaire d'intervenir en vue d'adopter des règles de droit international privé tant en droit extrapatrimonial de la famille, ce qui inclut les questions matrimoniales et de responsabilité parentale (a), qu'en droit patrimonial de la famille, c'est-à-dire tout ce qui touche aux obligations alimentaires (b), au droit des successions (c) et aux régimes matrimoniaux (d).

a. Les initiatives en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale

99. En ce qui concerne le divorce, la séparation du couple et la responsabilité parentale, la coopération judiciaire civile avait déjà été envisagée de longue date puisque dès 1998, les Etats membres avaient adopté la Convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, dite Convention de *Bruxelles II*³⁶¹, sur la base de l'article K.3 du Traité de Maastricht³⁶². A la suite de la communautarisation de la

³⁵⁹ C'est-à-dire les ex-articles 61, 65 et 67 du Traité CE et l'article 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Voir M. Fallon et S. Francq, La coopération judiciaire civile et le droit international privé. Vers un droit proprement communautaire des conflits de lois ou de juridictions, dans O. de Schutter et P. Nihoul (coord.), *Une constitution pour l'Europe, Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, 2004, pp. 239-301, spéc. p. 256 et s.

³⁶⁰ Les considérants introductifs des instruments élaborés par la Commission visent systématiquement les objectifs énoncés dans les programmes de Tampere et de La Haye.

³⁶¹ Convention adoptée selon la méthode intergouvernementale le 28 mai 1998, J.O. n° C 221/19 du 16 juillet 1998. Voir A. Huet, Le droit de la famille et les conflits de juridictions en droit international privé européen, dans *Liber Amicorum à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, L.G.D.J., 1994, p. 243 ; A.-M. Rouchaud, Le projet de Convention sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, dans *Hommage à M.-J. Gebler*, Presses universitaires de Nancy, 1998, p. 181.

³⁶² Voir Rapport explicatif relatif 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, professeur de droit international privé à l'Université de Barcelone, J.O. n° C 221 du 16 juillet 1998, pp. 27-64.

coopération judiciaire civile, cette Convention a été remplacée par le règlement communautaire n° 1347/2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs³⁶³, lequel a été abrogé par le règlement n° 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale dit règlement *Bruxelles II Bis*³⁶⁴. Ce règlement fixe les règles de compétence judiciaire internationale en matière de divorce, de dissolution du lien matrimonial et en matière de responsabilité parentale. Il traite également de la reconnaissance et de l'exécution des décisions rendues par les juges d'un Etat membre dans les autres Etats membres. Enfin, il élabore des règles relatives aux enlèvements d'enfants et au droit de visite transfrontière.

100. Une nouvelle mesure en la matière a été adoptée. Il s'agit du règlement mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps³⁶⁵, dit règlement *Rome III*. L'objectif de ce texte est de mettre en place un cadre juridique clair couvrant la loi applicable en matière de divorce et de séparation de corps en vue d'empêcher le *forum shopping*.

b. Les initiatives en matière d'obligations alimentaires

101. C'est le règlement n° 44/2001 relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale³⁶⁶ qui a traité pendant longtemps de la question des obligations alimentaires. Ce règlement dit *Bruxelles I* a remplacé la convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en

³⁶³ Règlement n° 1347/2000 du 29 mai 2000, J.O. L 160/19 du 20 juin 2000. Voir H. Tagaras, Questions spéciales relatives à l'unification communautaire du droit international privé de la famille (règlement n° 1347/2000), dans *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, éd. De l'Université libre de Bruxelles, vol. I, 2003, p. 455.

³⁶⁴ Règlement du 27 novembre 2003, entré en application le 1^{er} mars 2005, J.O. n° L 338/1 du 23 décembre 2003. Voir dossier Le règlement « Bruxelles II bis », *AJ fam.* 2005, n° 7-8, p. 256 et s. ; Voir également C. Nourissat et A. Devers, Règles de compétence en matière matrimoniale et responsabilité parentale, *R.L.D.C.* 2005, étude n° 245.

³⁶⁵ Règlement (UE) n° 1259/2010 adopté le 20 décembre 2010, J.O. n° L 343/10 du 29 décembre 2010. Voir également la proposition de règlement, COM (2010) 105 final/2. Voir F. Perrotin, La famille à l'heure européenne, *LPA*, 2010, n° 76, pp. 4-5 ; P. 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, *R.C.D.I.P.* 2011, pp. 291-338 ; M. Salord, L'Europe divorce ! L'adoption d'une coopération renforcée portant sur la loi applicable au divorce, *AJ fam.* 2011, n° 2, pp. 97-99 ; G. Lardeux, Rome III est mort. Vive Rome III !, *D.* 2011, p. 1835.

³⁶⁶ Règlement du Conseil adopté le 22 décembre 2000 et entré en vigueur le 1^{er} mars 2002, JOUE n° L 160/37 du 30 juin 2000.

matière civile et commerciale adoptée le 27 septembre 1968³⁶⁷ sur la base de l'article 220 du Traité de Rome³⁶⁸. Ce texte comportait des règles de compétence judiciaire et fixait les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires.

102. Décidée à organiser une meilleure circulation des décisions relatives aux obligations alimentaires, à la suite des propositions émises et des consultations lancées dans le livre vert³⁶⁹ du 15 avril 2004³⁷⁰, la Commission européenne a soumis au Conseil le 15 décembre 2005 une proposition de règlement sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires³⁷¹. Cette mesure destinée à assurer la libre circulation des décisions, transactions judiciaires et actes authentiques dans tous les Etats membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure intermédiaire dans l'Etat membre d'exécution préalablement à la reconnaissance et à l'exécution, a été adoptée³⁷² dans l'optique d'en faciliter l'exécution transfrontière. Ce nouveau règlement remplace en la matière le règlement (CE) n° 44/2001 et tend à regrouper en un seul instrument l'ensemble des mesures nécessaires au recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union européenne en cas de litige transfrontalier. Il fixe les dispositions sur la compétence et le droit applicable aux litiges et permet la suppression de la procédure d'*exequatur* au bénéfice des créanciers d'aliments.

³⁶⁷ Convention entrée en vigueur le 1^{er} février 1973 entre les Six Etats originaires de la CEE.

³⁶⁸ Art. 293 Tr. CE.

³⁶⁹ Un livre vert est un document préparatoire à l'exercice du pouvoir d'initiative de la Commission européenne. Ce document ouvre une grande consultation publique dont la synthèse des divers avis émis permet à la Commission d'élaborer une proposition de règlement.

³⁷⁰ COM (2004) 254 final.

³⁷¹ COM (2005) 649 final.

³⁷² 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, adopté le 18 décembre 2008, J.O. n° L 7/1 du 10 janv. 2009. Voir dossier sur le recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union, *AJ fam.* 2009, n° 3, pp. 100 et s. ; I. Bambust, Le règlement européen n° 4/2009 en matière d'obligations alimentaires, *J.T.* 2009, p. 381 et s. ; M. Farge, Promotion transfrontière du droit à obtenir des aliments : l'apport du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 (1^{re} partie) et (2^e partie), *Dr. fam.* 2011, n° 9, Etude n° 18, p. 11 et n° 10, Etude n° 20, p. 10 ; A. Boiché, Propos introductif : entrée en vigueur du règlement CE n° 4/2009 sur les obligations alimentaires, *AJ fam.* 2011, n° 5, pp. 236-241.

c. Les initiatives en matière de successions

103. A la suite d'un livre vert sur les successions et testaments diffusé le 1er mars 2005³⁷³, la Commission européenne a adopté le 14 octobre 2009 une proposition de règlement en matière de succession³⁷⁴. Cet instrument vise à simplifier le règlement des successions internationales dans l'Union européenne. Il entend faciliter la vie des citoyens en définissant des règles communes qui permettent d'identifier aisément l'autorité compétente et la loi applicable à la totalité des biens constitutifs d'une succession. Il propose en outre la création d'un certificat successoral européen favorisant la preuve du statut d'héritier ou d'administrateur partout dans l'Union.

d. Les initiatives en matière de régimes matrimoniaux

104. Soucieuse d'examiner tous les aspects patrimoniaux du droit de la famille, la Commission a adopté, à la suite d'un livre vert³⁷⁵ élaboré sur la base d'une étude de droit comparé initiée par la direction générale « Justice et affaires intérieures » auprès des Etats membres³⁷⁶, deux propositions de règlement³⁷⁷, dont l'une appréhende les questions touchant au domaine des régimes matrimoniaux³⁷⁸ et l'autre traite des effets patrimoniaux du partenariat enregistré³⁷⁹. Ces propositions abordent les questions relatives à la détermination

³⁷³ Livre vert sur les successions et testaments diffusé le 1er mars 2005, COM (2005) 65 final. Voir C. Nourissat, Les successions : à propos du livre vert de la Commission du 1^{er} mars 2005, *AJ fam.* 2005, n° 11, pp. 393-398 ; N. Caram-Pietrini, Successions internationales : quelle harmonisation communautaire des règles de conflit de lois ?, *Defr.* 2007, n° 21, art. n° 38670, p. 1498.

³⁷⁴ 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 succession et à la création d'un certificat successoral européen, COM (2009)154 final. Elle a été transmise au Parlement européen en vue de son approbation. Voir G. Sicot et H. Letellier, Le droit des successions et le législateur communautaire : vers de grandes réformes, *G.P.* 29 janvier 2011, n° 29, p. 9.

³⁷⁵ Livre vert sur le règlement des conflits de lois en matière de régime matrimonial publié le 17 juillet 2006, COM (2006) 400 final. Voir B. Nascimbene, Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière matrimoniale : un règlement Rome III ? Droits patrimoniaux des couples mariés et non mariés : vers des règles européennes sur les régimes matrimoniaux ?, *R.A.E.* 2007-2008, n° 3, pp. 601-609, spéc. p. 607 et s.

³⁷⁶ Etude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des Etats membres de l'Union européenne, Consultable sur : http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/regimes/report_regimes_030703_fr.pdf ; Voir A. Richez-Pons, Les rapports patrimoniaux entre personnes mariées ou non mariées dans le droit communautaire de la famille (hors Bruxelles II bis), *AJ fam.* 2005, n° 11, pp. 386-389.

³⁷⁷ C. Fleuriot, Droits patrimoniaux : deux propositions de règlement pour les couples multinationaux, *D.* 2011, p. 875 ; M. Revillard, Propositions de règlements communautaires sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats, *LPA*, 2011, n° 133, pp. 3-9.

³⁷⁸ Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, COM (2011) 126 final.

³⁷⁹ Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, COM (2011) 127/2.

du droit applicable aux effets patrimoniaux du couple marié ou enregistré et traitent de la compétence judiciaire et de la reconnaissance mutuelle.

2. La légitimité de la coopération judiciaire civile en matière familiale

105. Cette communautarisation du droit international privé de la famille³⁸⁰ a été contestée par la doctrine³⁸¹. Arguant du fait que l'interprétation littérale de l'ex-article 65 du Traité CE³⁸² et le principe de subsidiarité³⁸³ guidant l'action communautaire laissent le droit de la famille hors de portée de cette nouvelle compétence communautaire³⁸⁴, certains auteurs ont dénoncé l'illégalité pour excès de pouvoir des règlements adoptés par l'Union européenne sur le fondement de l'article 65 du Traité CE³⁸⁵. Les conditions de mise en œuvre de l'action de l'Union européenne en matière de coopération judiciaire, telles que formulées par l'ex-article 65 du Traité CE rendaient en effet quelque peu discutable l'appréhension de la matière familiale. A l'heure du Traité CE, l'action communautaire en matière de coopération judiciaire devait intervenir dans des matières civiles ayant une incidence transfrontière et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du Marché intérieur³⁸⁶.

106. La légitimité de l'intervention de l'Union européenne en droit de la famille supposait donc la vérification préalable de ces deux conditions cumulatives. Si la première était incontestablement remplie, la seconde l'était beaucoup moins. On peut en effet relever, à l'instar des institutions de l'Union au sein des considérants introductifs des textes adoptés, que l'accroissement de la mobilité des citoyens au sein de l'Union européenne ont multiplié

³⁸⁰ S. Vigand, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé de la famille*, thèse, Paris II, 2005 ; S. Poillot-Peruzzetto et A. Marmisse, *Le droit international privé communautaire de la famille*, *R.A.E.* 2001-2002, pp. 460-468, spéc. p. 461.

³⁸¹ L. Idot, Rapport introductif, art. préc., spéc. p. 21 ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 10^e éd., 2010, spéc. n° 31-1 ; D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, t. I, PUF, 2010, 2^e éd., n° 40 ; B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 2010, 6^e éd., n° 64 ; V. Heuzé, D'Amsterdam à Lisbonne, l'Etat de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflit de lois, *JCP. G.* 2008. I. 166. Entre autres critiques, voir M. Jäntera-Jareborg, *Unification of International Family Law, A critical Perspective*, dans K. Boele-Woelki (dir.), *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, op.cit., pp. 194- 216, spéc. p. 212; P. Mc Eleavy, *First Steps in the Communitarization of Family Law: too much Haste, too little Reflection*, dans K. Boele-Woelki (dir.), *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, op. cit., pp. 509-526.

³⁸² Devenu l'article 81 TFUE depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

³⁸³ Comme toute action communautaire, la coopération judiciaire civile suppose que soit respecté le principe essentiel de subsidiarité figurant à l'article 3. B. du Traité CE et formellement consacré par le Traité de Maastricht puis repris dans l'article 5.3 du Traité sur l'Union européenne.

³⁸⁴ Voir dans ce sens C. Kohler, *Interrogations sur les sources de droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam*, *R.C.D.I.P.*, 1999, pp.1-30.

³⁸⁵ Pour un aperçu général, voir I. Barrière Brousse, *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé*, *J.D.I.* 2010, pp. 3-34, spéc. p. 8 et s.

³⁸⁶ L'article 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne a supprimé la seconde condition.

les litiges familiaux transfrontières du fait de la formation de couples européens dans lesquels les conjoints sont de nationalité différente ou vivent dans un Etat membre dont ils ne sont pas ressortissants et de la dispersion corrélative du patrimoine familial dans différents Etats membres.

En revanche, l'impact négatif direct de cette situation familiale transfrontière sur le bon fonctionnement du Marché intérieur se révélait moins évident. Néanmoins, la formulation assez vague de la deuxième condition de l'ex-article 65 du Traité CE permettait d'y inclure « des mesures qui, tout en ne présentant qu'un rattachement faible avec le marché intérieur, pourraient néanmoins servir indirectement au bon fonctionnement de ce dernier »³⁸⁷, telles celles assurant la protection des personnes et de leurs droits familiaux dans le cadre de leur liberté de circulation³⁸⁸. C'est sur ce plan de l'incidence indirecte des difficultés pratiques et juridiques survenant au cours du traitement des litiges familiaux sur le bon fonctionnement du Marché intérieur que les institutions de l'Union européenne se sont placées. Parce que la libre circulation des personnes et, notamment celle des travailleurs, était considérée comme une composante essentielle au bon fonctionnement du Marché et parce que la diversité des règles nationales constituait une entrave à la libre circulation des personnes³⁸⁹ dans la mesure où elles ne sont pas assurées du respect et de l'exercice effectif de leurs droits familiaux, les institutions de l'Union européenne ont jugé opportun et légitime de communautariser le droit international privé de la famille.

107. Consciente de la faiblesse de cet argument, l'Union européenne a désolidarisé sa compétence en matière de coopération judiciaire du bon fonctionnement du Marché³⁹⁰. Le Traité de Lisbonne a en effet remplacé l'ex-article 65 du Traité CE par l'article 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui opère quelques modifications rédactionnelles et permet désormais à l'Union européenne d'adopter des mesures dans le

³⁸⁷ F. Pocar, Remarques sur la coopération judiciaire en matière civile dans la Communauté européenne, dans *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Librairie Droz, 2002, pp. 221-230, spéc. p. 224. Voir dans le même sens, J. Basedow, The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam, *C.M.L.R.* 2000, n° 37, pp. 687-708, spéc. p. 701.

³⁸⁸ H. Gaudemet-Tallon, Quel droit international privé pour l'Union européenne ?, dans *International conflict of laws for the third millenium, essays in honor of F.K. Juenger*, Ardsley, 2001, pp. 317-338, spéc. p. 326 à 328.

³⁸⁹ H. Gaudemet-Tallon, De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union européenne ?, dans *Estudos em homenagem a Professora Doutora Isabel de Magalhaes Collaco*, Almedina, 2002, pp. 159-185, spéc. p. 168.

³⁹⁰ C. Kessedjian, La relation des textes de référence avec le droit primaire, dans M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2009, pp. 119-133, spéc. p. 120. Selon l'auteur la coopération judiciaire civile est « désormais découplée du marché intérieur ».

domaine de la coopération judiciaire « notamment », c'est-à-dire non exclusivement, lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du Marché³⁹¹. En d'autres termes, la légitimité de l'intervention de l'Union européenne en droit international privé de la famille n'est plus soumise à un quelconque rattachement avec la compétence économique de l'organisation. En faisant de la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice un objectif autonome par rapport à celui du Marché intérieur, le Traité de Lisbonne est venu consolider³⁹² la compétence de l'Union européenne en matière de droit international privé de la famille.

108. La contestation tirée du principe de subsidiarité ne tient pas non plus. En effet, les difficultés engendrées par la divergence des règles nationales de droit international privé³⁹³ ainsi que la défaillance des règles internationales³⁹⁴ plaident en faveur de l'intervention du droit de l'Union européenne en la matière. Les institutions normatives de l'Union n'ont pas manqué de souligner ce dernier point dans leurs instruments. Elles ont fait état soit de l'inexistence du droit conventionnel de La Haye³⁹⁵, soit de l'insuffisance de ce droit du fait du nombre limité de ratifications³⁹⁶. L'objectif de sécurité juridique et de prévisibilité dans le règlement des conflits familiaux transfrontières exigeant des règles de droit international privé identiques pour tous les Etats membres, les institutions ont insisté sur le fait qu'une action unilatérale des Etats membres n'était pas souhaitable. Compte tenu de la nature et de l'ampleur du problème, l'objectif ne pouvait être atteint qu'au niveau de l'Union européenne. Les autorités normatives ont en outre précisé que la mise en œuvre d'un tel objectif ne pouvait laisser de marge d'appréciation aux Etats membres et exigeait donc des règles contraignantes justifiant le recours au règlement³⁹⁷.

³⁹¹ B. Audit, *Droit international privé*, op. cit., spéc. p. 55.

³⁹² I. Barrière Brousse, *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé*, art. préc., spéc. p. 8.

³⁹³ Les nombreuses pétitions adressées au Parlement européen par des citoyens européens se confrontant dans le cadre de leurs conflits familiaux transfrontaliers à de telles difficultés juridiques en témoignent (pétitions présentées le 26 janvier 1993 et le 3 juillet 1993).

³⁹⁴ Le processus intergouvernemental est en effet long et incertain puisque une fois signée la convention doit faire l'objet d'une ratification par chaque Etat signataire pour qu'elle entre dans l'ordre juridique national. Or la plupart des conventions élaborées dans le cadre de la Conférence de La Haye sont ratifiées par un petit nombre d'Etats.

³⁹⁵ Voir pour le divorce l'exposé des motifs de la proposition de règlement mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, COM (2010) 105 final/2.

³⁹⁶ Voir pour les successions, l'exposé des motifs de la 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 succession et à la création d'un certificat successoral européen, COM (2009)154 final. Pour les régimes matrimoniaux, voir l'exposé des motifs de la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, COM (2011) 126 final.

³⁹⁷ Voir dans ce sens F. Cadet, *L'ordre public en droit international de la famille. Etude comparée. France/Espagne*, L'Harmattan, 2005, spéc. pp. 24 et 25.

109. Cette nouvelle compétence de l'Union européenne paraît d'autant plus légitime qu'elle est explicitement prévue depuis le Traité de Nice qui a introduit une procédure législative dérogatoire pour les « aspects touchant le droit de la famille ». Cette procédure dérogatoire a été maintenue par le Traité de Lisbonne³⁹⁸. La coordination du droit international privé de la famille ne relève pas de la procédure de codécision. En effet, en cette matière, le Conseil statue à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen³⁹⁹. Cette particularité permet de garantir qu'aucune norme de droit de l'Union européenne ne soit adoptée sans l'accord des Etats membres pour tout ce qui pourrait concerner les relations personnelles au sein de la famille.

110. Si la compétence de l'Union européenne en droit de la famille heurte les esprits c'est davantage parce que cette branche du droit civil se présente comme le domaine où les sensibilités étatiques sont les plus exacerbées puisqu'elle est profondément enracinée dans l'histoire et les valeurs de chaque nation. Or l'introduction du droit de la famille dans la compétence de l'Union européenne en matière de coopération judiciaire civile n'a pas soulevé d'opposition de la part des chefs d'Etat ou de gouvernement ayant ratifié le Traité de Nice⁴⁰⁰ et le Traité de Lisbonne alors même que ces textes prévoient un transfert possible de compétence au profit de l'Union européenne en droit international privé de la famille⁴⁰¹.

En outre, avec les traités modificatifs, l'Union européenne s'est dotée de nouveaux objectifs résolument plus politiques qui ont fait de l'Europe non plus seulement une Europe des marchands, mais aussi une Europe des citoyens. La construction de l'Union européenne ne sert plus seulement l'intérêt économique du marché intérieur elle sert également l'intérêt de ses citoyens. En effet, la coordination du droit international privé de la famille permet la libre circulation des personnes dans la mesure où elles sont assurées du respect de leurs droits familiaux par-delà les frontières. Elle permet aussi une meilleure justice familiale tant pour le citoyen européen circulant de son plein gré que pour le citoyen européen subissant l'aisance

³⁹⁸ Article 81 §3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

³⁹⁹ Pour optimiser leur action, les instances de décision se répartissent en commissions ou directions générales, chacune spécialisée dans des domaines particuliers. En ce qui concerne la Commission européenne, la direction générale de la Justice, de la Liberté et de la Sécurité (DG. JLS) est compétente pour élaborer des propositions de règlement en matière de coopération judiciaire civile. Au sein du Conseil de l'Union européenne, c'est la division « justice et affaires intérieures » (JAI) qui est compétente pour adopter les règlements en matière de droit international privé communautaire de la famille après avoir consulté la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures (LIBE) du Parlement européen.

⁴⁰⁰ M. Tenreiro et M. Ekström, Unification of private international law in family law matters within the European Union, dans K. Boele-Woelki (éd.), *Perspectives for the unification and harmonisation of Family law in Europe*, op. cit., pp. 185-193, spéc. p. 186.

⁴⁰¹ Art. 2, 4) du Traité de Nice.

de la mobilité intraeuropéenne. L'exemple de l'enfant est le plus éloquent⁴⁰². Le règlement *Bruxelles II Bis* a permis de préserver les droits de l'enfant les plus élémentaires tels le droit à maintenir des relations avec ses deux parents malgré leur séparation en facilitant le droit de visite transfrontière et en prévoyant des dispositions relatives aux enlèvements internationaux d'enfants. Aussi, si l'action de l'Union européenne en ce domaine apparaît comme la meilleure solution à la protection effective des droits familiaux, le doute émis sur sa légitimité tombe⁴⁰³.

⁴⁰² N. Fontaine, Bruxelles II. La nouvelle convention entre les Etats de l'Union européenne sur le règlement des conflits transnationaux en matière familiale, *Dr. et patr.* 1999, n° 69, pp. 22-28, spéc. p. 28.

⁴⁰³ Voir dans ce sens H. Bosse-Platière, Statut de l'enfant et l'europeanisation des sources en droit de la famille, dans D. Gadbin et F. Kernaleguen (dir.), *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Journées nationales d'études de la CEDECE, Rennes, 22 et 23 mai 2003, Bruylant, 2004, pp. 67-95, spéc. p. 72.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

111. La question familiale, nouvel enjeu de la construction européenne dans sa dimension humaine, fait partie des domaines d'intérêt commun du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne. L'analyse de l'activité normative et jurisprudentielle des deux systèmes juridiques européens montre qu'ils sont sensibles aux mêmes sujets. Les efforts déployés par chacun d'eux concernant les droits de l'enfant, l'égalité homme-femme et la protection de la vie familiale permettent d'en rendre compte. Qu'il s'agisse de la question des successions, des régimes matrimoniaux, de l'adoption ou même du regroupement familial, aucune n'a été ignorée par l'une des deux organisations. La matière familiale est donc un terrain concurrentiel entre les divers ordres juridiques européens.

112. Par définition, la concurrence désigne une rivalité d'intérêts provoquant une compétition entre concurrents visant un même objectif ou recherchant un même avantage. Or, si ces deux organisations européennes s'attachent aux questions familiales, c'est sur la base, d'une part, de la protection des droits fondamentaux et, d'autre part, de la promotion de la coopération juridique et judiciaire. Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne concourent tous deux à la création d'un véritable espace juridique commun pour la famille. La convergence des objectifs poursuivis par le Conseil de l'Europe et l'Union européenne induit un rapport de concurrence susceptible de créer des zones de friction entre les deux organisations, soucieuses de défendre leur pré carré au sein de la nouvelle architecture européenne.

Cette idée ne reflète pas la réalité. En effet, attentives aux intérêts des citoyens européens, les deux institutions européennes ont pris le parti d'unir leur force et d'associer leurs actions dans un souci d'efficacité. Elles ont dès lors préféré le jeu de la complémentarité à celui de la rivalité dans la mise en œuvre de leurs objectifs communs (**chapitre 2**).

Chapitre 2

LA COEXISTENCE HARMONIEUSE DES ORDRES JURIDIQUES EUROPEENS SUPRANATIONAUX

113. L'analogie des sujets abordés en droit de la famille par les deux ordres juridiques européens soulève le problème de leur articulation et surtout de l'intérêt d'une d'intervention européenne bipolaire⁴⁰⁴. Les réserves émises par la doctrine en ce qui concerne la congruence des sources européennes sont récurrentes et le risque du double emploi ou de la contradiction est souvent formulé. En effet, les juristes ont réagi avec une sensibilité extrême à cette double intervention. Si les uns l'ont saluée comme une source mutuelle d'enrichissement renforçant la protection des droits⁴⁰⁵, d'autres l'ont accusée de créer une atmosphère de compétition et de défiance entre les deux systèmes juridiques européens⁴⁰⁶. Il est, en effet, souvent affirmé que la protection des droits de l'homme par deux systèmes juridiques supranationaux autonomes et non hiérarchisés crée une situation de concurrence et de conflit risquant corrélativement d'affaiblir la protection globale des droits fondamentaux en Europe⁴⁰⁷. Certains auteurs ont notamment soulevé le risque de substitution du système communautaire au système conventionnel⁴⁰⁸ en raison du poids supérieur de l'autorité de l'ordre juridique de l'Union européenne⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ Voir sur la notion de bipolarité européenne M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, D. 2006, n° 14, p. 953. Voir également K. Garcia, *Le droit civil européen. Nouvelle matière, nouveau concept*, op. cit., spéc. p. 18.

⁴⁰⁵ Discours de M. C. Josselin, Président français de l'Union européenne, à l'occasion de la conférence européenne sur les droits de l'homme, dans *Conférence ministérielle européenne sur les droits de l'homme et cérémonie commémorative du 50^{ème} anniversaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme : Rome, 3-4 novembre 2000*, Editions du Conseil de l'Europe, p. 142 ; Voir Discours de M. Gil Carlos Rodriguez, Président de la Cour de justice des Communautés européennes, à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire, Strasbourg, 31 janvier 2002, dans *rapport annuel de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2001, pp. 27-31, spéc. p. 31. Voir également D. Simon, *Les juridictions régionales concourent-elle au renforcement ou à l'émiettement du droit international*, dans O. Delas, R. Côté, F. Crépeau, P. Leuprecht (dir.), *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, Bruylant, 2005, pp. 63-73.

⁴⁰⁶ Le rapport du Professeur N. Lowe à l'attention du Comité d'experts sur le droit de la famille comportant une évaluation des instruments du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la famille met en garde le Conseil de l'Europe contre les risques de conflits entre les instruments internationaux en raison de leur prolifération, CJ-FA (2006)1, 5 décembre 2006.

⁴⁰⁷ *Europe : les chemins de la démocratie. Le Conseil de l'Europe dans l'architecture européenne*. Actes du colloque organisé par le Conseil de l'Europe en septembre 1990, Presses du Conseil de l'Europe, 1991, p. 194.

⁴⁰⁸ P. Wachsmann, *Les droits de l'homme, R.T.D.E.*, 1997, n° 33, pp. 884-902, spéc. p. 892.

⁴⁰⁹ J.-C. Bonichot, *L'application de la Convention européenne des droits de l'homme par les juridictions nationales*, par l'intermédiaire de la Cour de justice des Communautés européennes, *R.U.D.H.* 1991, p. 317 ; J. Rideau et J.-F. Renucci, *Dualité de la protection juridictionnelle européenne des droits fondamentaux : atout ou*

114. Cette appréhension est légitime dans la mesure où les deux systèmes juridiques européens inspirent les droits nationaux dans la réforme de leurs droits⁴¹⁰, y compris le droit de la famille. Consécutivement, l'autonomie des deux ordres juridiques supranationaux risque de désorienter les juges ou les législateurs internes et malmener la cohérence des droits nationaux de la famille⁴¹¹. Or, s'il est un domaine où la cohérence est de rigueur, il s'agit du droit de la famille⁴¹². Sans doute est-ce la raison pour laquelle les deux Europe s'entendent pour coexister harmonieusement en la matière.

115. Les deux ordres juridiques coexistent harmonieusement dans le sens où non seulement ils s'enrichissent mutuellement, mais se suppléent également l'un l'autre. Ils se combinent et s'imbriquent plus qu'ils ne se superposent⁴¹³. Les deux systèmes juridiques ne sont pas hermétiques l'un à l'autre. Contrairement au phénomène de concurrence où les rivaux dissimulent leurs connaissances et informations pour mieux éliminer leurs adversaires de la compétition, les deux organisations européennes échangent, communiquent, travaillent en synergie aux fins d'optimiser la réalisation des objectifs partagés. Leurs relations ne peuvent donc être qualifiées de conflictuelles.

Bien au contraire, les deux institutions s'évertuent à multiplier les modalités de coopération et s'emploient à toujours approfondir leur complémentarité afin de construire un véritable espace normatif paneuropéen⁴¹⁴. Elles agissent sans ignorer l'action l'une de l'autre. Elles utilisent l'expérience et travaux de chacune d'elles pour élaborer des solutions aux nouveaux défis européens. Elles agissent de la sorte dans l'intérêt des citoyens européens. Cette coexistence harmonieuse se vérifie tant sur le plan normatif (**section 1**) que sur le plan jurisprudentiel (**section 2**) et s'inscrit dans un contexte général de coopération entre les deux organisations (**section préliminaire**).

faiblesse de la sauvegarde des droits de l'homme, *Justice*, n° 6, 1997, p. 95 ; F. Sudre, La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? , *JCP. G.* 1998.I.100, spéc. p.12, point 13.

⁴¹⁰ Voir *infra* n° 212 et s.

⁴¹¹ N. Lowe, International Conventions affecting the law relating to children - a cause for concern ?, *International family law*, 2001, pp. 171 et s., spéc. pp. 178-179 ; voir également intervention E. Millard, L'évolution du droit de la famille, *Réalités familiales*, 2003, n° 68, pp. 80-84.

⁴¹² J. Hauser, Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du 20^{ème} siècle, art. préc., spéc. p. 238.

⁴¹³ Le rapport du Comité des Sages intitulé « Construire la Grande Europe sans clivages » et présenté au Comité des Ministres en novembre 1998 illustre cette idée en mettant l'accent sur une Europe d'institutions imbriquées entre elles et constatant que l'existence d'une Europe multi-institutionnelle doit être perçue et affirmée comme un facteur positif.

⁴¹⁴ Adjectif utilisé par les deux organisations pour qualifier leurs relations dans le Mémoire d'accord conclu le 23 mai 2007 entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, CM (2007) 74.

Section préliminaire : Le contexte général de coopération entre les deux organisations européennes

116. C'est un contexte général et pré-existant de coopération à la fois politique (§1) et juridictionnel (§2) des institutions des deux organisations européennes qui a favorisé la collaboration des deux Europe en ce qui concerne la matière familiale.

§1. Le contexte général de coopération politique

117. Cette coopération a souvent été qualifiée d'unilatérale ou bien d'asymétrique⁴¹⁵ dans la mesure où l'Union européenne ouvrait rarement ses débats aux membres du Conseil de l'Europe alors que la Commission bénéficiait d'une invitation permanente à participer aux diverses activités et enceintes du Conseil de l'Europe. Cet état de fait est à ce jour dépassé. Désormais, l'Union européenne multiplie les initiatives dans le sens de la coopération. Une telle ouverture procède d'une politique plus humaine par laquelle l'Union européenne entend se rapprocher davantage des citoyens européens. Elle est présentée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe comme la condition nécessaire au succès de la construction européenne⁴¹⁶.

118. D'un point de vue général, cette collaboration a été sollicitée par le Conseil de l'Europe, soucieux, à la naissance de la Communauté des six, de réaffirmer son rôle dans la nouvelle architecture européenne⁴¹⁷. Le Comité des Ministres avait notamment formulé dans sa résolution relative à la rationalisation des institutions européennes le souhait d'établir des relations étroites entre le Conseil de l'Europe et la Communauté économique européenne dès la mise en place de ses institutions. De son côté, la Communauté économique européenne a entrepris de collaborer avec le Conseil de l'Europe dès l'élaboration du Traité de Rome de

⁴¹⁵ S. Grataloup, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, op. cit., p. 11.

⁴¹⁶ Avis n° 262 (2007) du 19 avril 2007 relatif au Mémorandum d'accord entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne.

⁴¹⁷ Résolution (57) 27 du 13 décembre 1957. En outre, dans ses résolutions (74) 4 du 24 janvier 1974 sur le rôle futur du Conseil de l'Europe et (85) 5 sur la coopération entre le Conseil de l'Europe et la Communauté européenne, le Comité des Ministres avait soulevé la nécessité de créer une complémentarité de fait entre les deux organisations et réitéré sa volonté de consolider et intensifier cette coopération.

1957, lequel dispose en son article 303⁴¹⁸ que la Communauté établit avec le Conseil de l'Europe toutes coopérations utiles. Cette collaboration est encore mentionnée expressément à l'article 220 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

119. Cette coopération s'est concrétisée ou développée par de nombreux échanges de lettres entre le Conseil de l'Europe et la Communauté européenne⁴¹⁹. A la suite de ces divers échanges de lettres, la Commission européenne et le Conseil de l'Europe ont mis en œuvre une coopération active dans un grand nombre de domaines tels que les droits de l'homme, les affaires juridiques, les questions sociales et de santé, la culture et l'éducation, le patrimoine et l'environnement. Elle est toujours défendue par les membres des institutions des deux organisations⁴²⁰, qui se refusent à voir entre elles une situation de concurrence et préfèrent qualifier leurs rapports de « partenariat au service d'une seule Europe de la dimension humaine »⁴²¹.

120. En 2002, le Conseil de l'Europe a organisé une conférence consacrée à « la contribution du Conseil de l'Europe à l'acquis de l'Union européenne »⁴²². Cette conférence a eu pour but de promouvoir la coopération et la coordination entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ainsi que la cohérence de leurs activités, à travers l'analyse de leurs relations d'un point de vue inter-institutionnel, les échanges et la mise en commun d'informations sur les thèmes qui sont de leur compétence et enfin la définition de propositions de projets de coopération entre les deux⁴²³.

⁴¹⁸ Ancien art. 230 Tr. CEE.

⁴¹⁹ Voir les arrangements conclus le 18 août 1959 par voie d'échange de lettres entre le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe et le Président de la Commission de la CEE, la lettre du 16 juin 1987 concernant la consolidation et l'intensification de la coopération et la lettre complémentaire du 5 novembre 1996. Voir aussi la Déclaration conjointe sur la coopération et le partenariat entre le Conseil de l'Europe et la Commission européenne signée le 3 avril 2001 par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe et le Commissaire chargé des Relations extérieures de l'Union européenne. Voir *jurisclasseur Europe*, fasc. 6100, I, C, 2^o, a). Pour un aperçu général, voir le Recueil des textes régissant les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, dans http://www.coe.int/t/der/docs/MoU_compendium_en.pdf.

⁴²⁰ Voir la Déclaration finale du Troisième sommet des chefs d'Etat et de Gouvernement du Conseil de l'Europe, Varsovie 16 et 17 mai 2005, point 10 et plan d'action adopté à l'issue du Sommet, IV et annexe 1 ; voir également le Discours d'ouverture prononcé, à l'occasion de la 6^{ème} conférence européenne sur le droit de la famille, par Marie-Odile BAUR, expert national détaché, Unité « Coopération judiciaire en matière civile », Direction Générale Justice et Affaires Intérieures, Commission Européenne. Voir également le rapport de Jean-Claude JUNKER, Conseil de l'Europe-Union européenne : une même ambition pour le continent européen, 11 avril 2006, http://www.gouvernement.lu/salle_presse/actualite/2006/04/11conseil_europe/francais_mod.pdf.

⁴²¹ Doc. CM (2007) 74.

⁴²² Cette conférence organisée avec la collaboration des autorités espagnoles et la Xunta de Galicia, de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et du Parlement européen s'est tenue à Sainte - Jacques de Compostelle, les 3 et 4 juin 2002.

⁴²³ Voir Conclusions, 7SdC (2002) Conclusions F.

http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/vue_d'ensemble/coop%E9ration/SdC_2002_Conclusions%20F.pdf

121. Le Mémoire d'accord conclu le 23 mai 2007 entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne offre un nouveau cadre juridique à la coopération des deux organisations. Dans ce document, elles s'engagent à développer leurs relations dans tous les domaines d'intérêt commun et en particulier le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que la coopération juridique et la cohésion sociale. Cette coopération repose sur un partenariat et un rapport de complémentarité favorisés par une consultation mutuelle régulière et la prise en compte réciproque des expériences et travaux normatifs de chacune d'elles dans leurs activités respectives⁴²⁴.

122. Ces divers actes énumèrent différentes modalités pratiques de coopération notamment la tenue de réunions quadripartites⁴²⁵, des échanges de rapports et d'experts⁴²⁶, l'élaboration de programmes communs, l'organisation commune de conférences ou toute autre manifestation. Elles permettent d'éviter les doubles emplois, la dispersion des efforts et vise une coordination voire une concertation des actions à réaliser. Les contacts entre les deux organisations ont été facilités par la création d'un bureau de liaison du Conseil de l'Europe à Bruxelles dont la fonction consiste à tenir au courant le Secrétariat général des développements de l'Union européenne ayant une incidence sur les travaux du Conseil de l'Europe et l'Union européenne au courant des activités du Conseil de l'Europe⁴²⁷. Dans la même logique, l'Union européenne a procédé en 2007 à la nomination d'un représentant permanent de la Commission européenne auprès du Conseil de l'Europe ayant rang d'ambassadeur et permettant à l'Union d'avoir accès à tous les partenaires pertinents du Conseil de l'Europe.

⁴²⁴ Voir le Mémoire d'accord, http://www.coe.int/t/der/docs/MoU_FR.pdf.

⁴²⁵ La pratique des réunions quadripartites entre le Conseil de l'Europe et la Communauté européenne, établie par la Déclaration politique du 5 mai 1989 et la décision du Conseil des Communautés européennes du 20 mars 1989 puis confirmée par la Déclaration conjointe du 3 avril 2001, regroupe, d'un côté, le Président du Comité des ministres et le Secrétaire général du Conseil de l'Europe, de l'autre, le Président en exercice du Conseil de l'Union et le Président de la Commission. Elle permet un dialogue politique régulier entre les deux organisations.

⁴²⁶ En vertu de l'arrangement de 1987, un haut fonctionnaire est désigné de part et d'autre avec pour mandat de suivre l'évolution de la coopération et de faire office d'agent de liaison par le biais de réunions périodiques ou autres. En outre, les experts de la Commission européenne sont invités à participer aux réunions des Comités d'experts du Conseil de l'Europe et réciproquement, les experts du Secrétariat général du Conseil de l'Europe sont invités au sein des groupes de travail de la Commission européenne. Ces contacts réciproques et réguliers permettent des échanges de vue, la communication de documents de travail, l'information de chacune des organisations sur leur activité normative respective.

⁴²⁷ Résolution (74) 13 portant création d'un bureau de liaison du Conseil de l'Europe à Bruxelles, adoptée par le Comité des Ministres le 6 mai 1974.

123. Depuis l'Arrangement du 16 juin 1987, il est prévu que le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe doit soumettre au Comité des Ministres un rapport annuel sur la mise en œuvre de la coopération. Les rapports adoptés depuis lors font état de l'évolution croissante des relations entretenues par les deux organisations. Selon le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, l'Union européenne représente sur « les plans politique et technique et pour ce qui concerne le volume de la coopération », « le principal partenaire de coopération du Conseil de l'Europe »⁴²⁸ et un « partenaire à tous les niveaux » dans la mesure où cette coopération couvre tous les secteurs et toute la gamme des activités du Conseil de l'Europe.

124. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et le Parlement européen participent également à ce mouvement de coopération par l'organisation de réunions mixtes à l'occasion desquelles les deux assemblées s'attachent à rappeler le caractère fondamental d'une synergie des actions menées au sein des deux Europe pour les citoyens européens⁴²⁹. La coopération des deux instances a trouvé son expression la plus aboutie dans la signature de l'Accord sur le renforcement de la coopération entre l'Assemblée et le Parlement européen du 28 novembre 2007. Cet accord formalise les relations entretenues entre les deux institutions et ajoute ainsi une dimension parlementaire au Mémorandum d'accord sur la coopération entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne.

Ainsi, plusieurs commissions du Parlement européen et de l'Assemblée parlementaire ont des relations de travail ou sont représentées réciproquement aux séminaires et auditions des commissions correspondantes. Notamment, des membres de la Commission sur l'Egalité des Chances pour les Femmes et les Hommes de l'Assemblée ont participé à une audition de la Commission des Droits de la Femme et de l'Egalité des Genres (FEMM) du Parlement européen en date du 11 avril 2007 sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes, y compris la violence domestique. Réciproquement, le Rapporteur de la Commission FEMM, a contribué à l'audition sur les féminicides organisée par la Commission sur l'Egalité des chances pour les Femmes et les Hommes de l'Assemblée en date du 6 septembre 2007⁴³⁰.

⁴²⁸ Voir rapport du Secrétaire Général au Comité des ministres relatif aux relations extérieures du Conseil de l'Europe en 2007, SG/Inf (2008) 30 avril 2008, IV, points 13 et 14.

⁴²⁹ Voir la Déclaration présidentielle commune rédigée à l'occasion de la réunion mixte organisée le 24 septembre 2002 sur le thème du développement de l'Europe en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice, SG/Inf (2003) 16F, Annexe V ; Voir la Déclaration présidentielle commune adoptée à l'issue de la deuxième réunion conjointe sur le thème « incidence du futur Traité constitutionnel sur la coopération entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe et le concept d'une grande Europe », organisée le 25 septembre 2003, <http://www.senat.fr/rap/r03-217/r03-2172.html>

⁴³⁰ Addendum au rapport du Secrétaire Général à l'intention du Comité des Ministres relatif aux « relations extérieures du Conseil de l'Europe en 2007 », SG/Inf (2008) 8 Add. , 16 mai 2008, B., I., II., ii., point 10.

125. Les deux organisations s'apprêtent à franchir un nouveau cap en termes de coopération grâce à l'adhésion imminente de l'Union européenne à la Conv.ESDH, rendue possible par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne⁴³¹. En effet, la question de la coopération des deux organisations était revenue à l'ordre du jour et s'était faite plus pressante à l'heure de l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Une Déclaration sur l'avenir de la protection des droits de l'homme en Europe avait été adoptée, quelques semaines avant la proclamation officielle de cette Charte, lors de la conférence ministérielle européenne sur les droits de l'homme de Rome. Cette conférence, réunie sous les auspices du Conseil de l'Europe, avait été l'occasion de souligner la nécessité de trouver des moyens permettant d'éviter une concurrence ou un conflit entre les deux systèmes de protection des droits de l'homme⁴³².

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme a été présentée comme la solution la plus pertinente⁴³³. Cette question a fait l'objet de nombreux rebondissements⁴³⁴. L'idée a été suggérée dès 1979⁴³⁵, puis en 1990⁴³⁶, par la Commission des Communautés. Après avoir été rejetée par la Cour de justice des Communautés européenne dans son Avis 2/94⁴³⁷, elle est revenue à l'ordre du jour avec

⁴³¹ Projet de rapport sur la coopération entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, GR-EXT (2010) 2 Rev 2F, 26 mai 2010.

⁴³² Déclaration « La Convention européenne des Droits de l'Homme a cinquante ans : Quel avenir pour la protection des droits de l'homme ? », adoptée le 4 novembre 2000, Voir Doc. CM (2000) 172 ; A. de Salas, Suivi de la Conférence ministérielle européenne sur les droits de l'homme (Rome, 3 - 4 novembre 2000), *Actualité et Droit International*, sept. 2001, p. 2, www.ridi.org/adi/200109a1.pdf

⁴³³ A. Bultrini, P. Wachsmann, F. Tulken et J.Callewaert, La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux, dans M. Dony et E. Bribosia (éd.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, pp. 177-203, spéc. p. 202. ; O. de Schutter, L'adhésion de l'Union européenne à la convention européenne des droits de l'homme comme élément du débat sur l'avenir de l'Union, dans M. Dony et E. Bribosia (éd.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, op. cit., pp. 205-256, spéc. pp. 207 et 208. Partageant le même point de vue, voir l'avis n°256/ 2003 de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (dite Commission de Venise) sur les implications d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne juridiquement contraignante sur la protection des droits de l'homme en Europe, CDL-AD (2003) 22, point 54.

⁴³⁴ Ce sujet a fait couler beaucoup d'encre. Le nombre d'articles y afférent en témoigne. Voir notamment sur ce thème, F. Benoit-Rohmer, L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, *R.U.D.H.*, 2000, pp. 57-61 ; H.C. Krüger et J. Polakiewicz, Propositions pour la création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe, *R.U.D.H.*, 2001, p. 1 ; P.-H. Imbert, De l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH (symposium des Juges au Château de Bourglinster-16 septembre 2002), *Droits fondamentaux*, n°2, janvier-décembre 2002, pp. 11-19.

⁴³⁵ Mémoire concernant l'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, adopté par la Commission le 4 avril 1979, Bulletin de la CE, suppl. 2/79, COM (79) 210 final.

⁴³⁶ Communication de la Commission concernant l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et à certains de ses protocoles, SEC (90) 2087 final, 19 novembre 1990.

⁴³⁷ Avis du 28 mars 1996 relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales, Rec. p. I .6079, *R.U.D.H.*, 1996, p. 167 ; P. Wachsmann,

l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et son intégration dans la Constitution européenne⁴³⁸.

126. Longtemps débattue⁴³⁹, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est aujourd'hui politiquement admise par les deux organisations et surtout considérée comme techniquement possible⁴⁴⁰. Le Traité de Lisbonne⁴⁴¹ ainsi que l'article 59 §2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme tel qu'amendé par le protocole 14⁴⁴² autorisent en effet cette évolution. Les avantages de cette adhésion la présentent non plus seulement comme une alternative à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais comme une mesure complémentaire, indispensable à la garantie de la cohérence⁴⁴³ et de l'efficacité de la protection des droits de l'homme dans l'ensemble de l'Europe⁴⁴⁴. Gage de sécurité juridique, elle est aussi garante de la confiance mutuelle dans l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice en construction.

L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *R.T.D.E.* 1996, pp. 467-491; D. Simon, L'avis 2/94 du 28 mars 1996 sur l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme, *Europe*, 1996, pp. 1-4. Voir également du même auteur, La Convention européenne des droits de l'homme et l'Union européenne de Maastricht à Amsterdam : Aliquid novi ? Quid juris ?, dans *Law in greater Europe Towards a Common Legal Area, Studies in Honour of Heinrich Klebes*, Kluwer Law International, 2000, pp. 227-238, spéc. p. 230.

⁴³⁸ Le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe prévoyait cette adhésion dans son article I-9(2).

⁴³⁹ Note de réflexion du Secrétariat de la Convention européenne sur les modalités et conséquences d'une intégration de la Charte des droits fondamentaux dans les traités, ainsi que d'une adhésion de la Communauté/de l'Union à la CEDH, transmise au groupe de travail II « intégration de la Charte/adhésion à la CEDH », CONV. 116/02, 18 juin 2002 ; Note de synthèse de la 4^e réunion du groupe de travail II, 17 septembre 2002, CONV. 295/02 ; Rapport final du groupe de travail II, CONV. 354/2, 22 octobre 2002, Avis n° 256/2003 de la Commission européenne pour la démocratie par le droit « sur les implications d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne juridiquement contraignante sur la protection des droits de l'homme en Europe », 18 décembre 2003, CDL-AD (2003) 22 ; Commentaires de M.G. Malinverni, membre Suisse de la Commission de Venise, CDL (2003) 58 ; Etude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », rapport adopté par le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) lors de sa 53^e réunion (25-28 juin 2002), Document DG-II (2002) 006 ; Contribution du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, M.W. Schwimmer, 800 millions d'Européens. Associer la grande Europe à la réponse aux questions fondamentales de Laeken, Note du Conseil de l'Europe, Annexe, CONV. 157/02, 25 juin 2002.

⁴⁴⁰ Voir Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'APCE, Adhésion de l'Union européenne/Communauté européenne à la Convention européenne des Droits de l'Homme, Doc.11533, 18 mars 2008.

⁴⁴¹ Voir art. 6§2 Tr. UE et le protocole relatif à l'art.6§2 Tr. UE sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, JOUE C 306/1 du 17/12/2007.

⁴⁴² Article 17 du Protocole.

⁴⁴³ F. Tulkens, Les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *L'Obs. de Brux.*, 2010, n° 81, pp. 19-21, spéc. p. 21.

⁴⁴⁴ Voir discours du Commissaire A. Vitorino à la réunion solennelle de la Convention des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles, le 2 octobre 2000.

127. L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne permet d'engager les négociations en vue de l'adhésion de l'Union européenne à la Conv. ESDH⁴⁴⁵. Dans le programme de Stockholm, le Conseil européen invite la Commission à présenter rapidement une proposition sur l'adhésion de l'Union européenne à la Conv. ESDH⁴⁴⁶. Corrélativement, la Commission européenne, mandatée par les ministres de la justice des Etats membres, a présenté au Conseil le 17 mars 2010 des directives de négociations en vue de cette adhésion⁴⁴⁷. De son côté, le Conseil de l'Europe a constitué un groupe de travail informel du Comité directeur pour les droits de l'homme⁴⁴⁸ sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CDDH-UE). Il s'est réuni pour la première fois les 6 et 7 juillet 2010, en présence de la commission européenne, en vue de réfléchir communément sur les questions de l'adhésion⁴⁴⁹, telles celles ayant trait aux relations entre la Cour EDH et la CJUE. A cet effet, les deux juridictions ont fait connaître leur réflexion sur cette question à l'issue d'une rencontre de leur délégation le 17 janvier 2011⁴⁵⁰. Elles ont notamment insisté sur le caractère subsidiaire du contrôle de conventionnalité opéré par la Cour EDH⁴⁵¹.

A l'issue de huit réunions de travail avec les négociateurs de la Commission européenne, le groupe de travail informel du Comité directeur pour les droits de l'Homme a remis son rapport⁴⁵² au Comité des Ministres sur l'élaboration d'instruments juridiques pour l'adhésion de l'Union européenne à la Conv. ESDH le 14 octobre 2011. Ces instruments juridiques, parmi lesquels figure l'accord d'adhésion, devront être conclus par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et à l'unanimité par le Conseil de l'Union européenne. Le Parlement européen devra également donné son assentiment. Une fois conclus, ils devront être ratifiés par chacune des parties contractantes à la Conv. ESDH et par chacun des Etats membres de l'Union européenne.

⁴⁴⁵ O. De Schutter, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation, *R.T.D.H.* 2010, n° 83, p. 535.

⁴⁴⁶ Le programme de Stockholm : Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, J.O. n° C 115/1 du 4 mai 2010, voir le point 2.1.

⁴⁴⁷ Recommandation de la Commission pour une décision du Conseil autorisant la Commission à négocier l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, SEC(2010)305 final.

⁴⁴⁸ CM/Del/Dec (2010) 1085.

⁴⁴⁹ CDDH-UE(2010)06.

⁴⁵⁰ C. Fleuriot, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, *D.* 2011, n° 7, 443.

⁴⁵¹ Voir la communication commune des Présidents Costa et Skouris, consultable sur : http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/48ACDFB2-E97D-4503-83FE-5C4569A33C73/0/2011Communication_CEDHCJUE_FR.pdf

⁴⁵² CDDH (2011) 009.

128. Cette adhésion offrira en effet un nouveau cadre juridique à la coopération déjà existante entre les deux juridictions européennes. En effet, l'Union européenne se placera sur un pied d'égalité avec ses Etats membres en ce qui concerne le système de protection des droits fondamentaux puisqu'elle sera placée sous le contrôle externe de la Cour EDH. L'Union pourra non seulement désigner un juge à la Cour EDH, mais pourra également être entendue dans les affaires examinées par la Cour EDH⁴⁵³. L'accord d'adhésion instaurera ainsi une relation hiérarchique entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe limitée à la question des droits fondamentaux.

§2. Le contexte général de la coopération juridictionnelle

129. La contribution de la Cour de justice de l'Union européenne à la garantie des droits fondamentaux, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, traditionnellement compétente, n'est désormais plus discutée⁴⁵⁴. Parce qu'elles sont toutes les deux juges des droits de l'homme et qu'il n'existe aucun rapport hiérarchique entre elles, les deux hautes cours européennes sont en situation de concurrence⁴⁵⁵. Leurs champs de compétence respectifs ne se recoupent que partiellement. En effet, si la Cour européenne des droits de l'homme dispose d'une compétence générale, la protection des droits fondamentaux par l'Union européenne se limite aux affaires nationales dans lesquelles intervient un élément de droit de l'Union européenne⁴⁵⁶. En d'autres termes, les deux cours européennes sont simultanément compétentes pour connaître d'une affaire où il est reproché à une mesure nationale, adoptée en application du droit de l'Union européenne, de porter atteinte aux droits fondamentaux des citoyens européens.

⁴⁵³ P. Dollat, «*Der Teufel Steckt im Detail*» *De l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH et de ses vicissitudes...*, *R.M.C.U.E.* 2010, n° 542, pp. 556-565.

⁴⁵⁴ F. G. Jacobs, *European Community Law and the European Convention on Human Rights*, dans *Essays in Honour of H.G. Schermers*, Dodrecht, Nijhoff, 1994, vol. II, p. 549 et s., spéc. p. 570. Selon l'auteur, la juridiction communautaire occupe aujourd'hui une place de premier ordre en vue de faire respecter les droits de l'homme.

⁴⁵⁵ L. Hennebel, Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme, dans *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 2007, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, n°9, pp. 31-76, spéc. p. 33.

⁴⁵⁶ Aux termes de l'article 46 du Traité UE, il appartient à la Cour de justice des Communautés européennes de contrôler le respect des droits fondamentaux chaque fois que les institutions européennes agissent dans le cadre de la Communauté ou de l'Union et ce contrôle s'étend au comportement des Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire.

130. Bien qu'effective, cette double protection juridictionnelle des droits fondamentaux est accueillie de manière nuancée par l'ensemble des juristes. Les partisans du monisme y voient un rapport de concurrence contreproductif et les tenants du pluralisme, une source d'enrichissement⁴⁵⁷ garante d'une meilleure effectivité des droits fondamentaux⁴⁵⁸. Parmi les partisans du monisme, certains suggèrent la centralisation de cette compétence dans l'ordre juridique de l'Union européenne par le moyen, soit de la suppression de la Cour européenne des droits de l'homme au profit de la Cour de justice de l'Union européenne⁴⁵⁹, soit par la construction d'un ordre juridique de l'Union totalement autonome supposant, dès lors, pour les Etats membres de l'Union européenne de quitter le Conseil de l'Europe⁴⁶⁰. Pour les défenseurs du pluralisme, la conciliation ou l'harmonisation des systèmes en présence semblent beaucoup plus réalistes⁴⁶¹.

131. La voie de l'harmonisation a été suggérée à l'occasion des travaux de la Convention européenne sur « l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ». Certains acteurs des débats menés par le groupe de travail II « Intégration de la Charte / adhésion à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme » ont proposé, comme alternative à l'adhésion, une coordination formelle des deux cours par un mécanisme de renvoi ou de consultation entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁶². Cette idée n'a pas été retenue par les membres de la Convention⁴⁶³. Les experts entendus ont jugé ce procédé peu opportun au regard des inconvénients qu'il présente. Ils ont notamment fait état du risque de déséquilibre entre l'Union européenne et les Etats parties à la Convention européenne de sauvegarde des droits

⁴⁵⁷ J. Andriantsimbazovina, L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ?, *R.F.D.A.*, 2002, p. 124 et s. ; J.-J. Pardini, Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques, dans *La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Liber amicorum J.-C. Escarras, Bruylant, 2005, pp. 131-159, spéc. p. 153.

⁴⁵⁸ J.-Y. Carlier, La garantie des droits fondamentaux en Europe: pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg, *Revue québécoise de droit international*, 2000, 13.1, pp. 37-61.

⁴⁵⁹ Thèse défendue par K. Lenaerts, Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne, dans *Mélanges Louis Edmond Petiti*, Bruylant, 1999, pp. 422-455. Voir également J.-V. Louis, Rapport, *Revue des droits de l'homme*, 1972, pp. 274 et s. L'auteur y propose l'unification des deux cours européennes.

⁴⁶⁰ Hypothèse émise par A. G. Toth, The European union and Human right: the way forward, *C.M.L.Rev.*, 1997, pp. 491-529.

⁴⁶¹ Voir J. Rideau, Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'Homme, *R.C.A.D.I.*, 1997, t. 265, pp. 9-480, spéc. p. 355 ; F. Rigaux, Le pluralisme juridique face au principe de réalité, dans *Estudios de derecho internacional, Homenaje al professor Miaja de la Muela*, Tecnos, 1979, p. 291 et J.-V. LOUIS, Rapport, art. préc., spéc. p.694.

⁴⁶² DG II (2001) 02, paragraphe 2. b.

⁴⁶³ Rapport final du groupe de travail II, 22 octobre 2002, CONV. 354/02.

de l'homme puisque dépourvus d'une telle capacité, de l'allongement des procédures devant la Cour de justice de l'Union européenne ainsi que de l'atteinte à l'autonomie du système de l'Union qui en résulteraient⁴⁶⁴.

132. Les deux cours européennes ont choisi la voie de la conciliation. Si certains auteurs font état d'un bilan général contrasté⁴⁶⁵, l'analyse des décisions des deux juridictions, en ce qui concerne la matière familiale, permet de conclure à une coexistence harmonieuse des deux organes de protection. Cette cohabitation se traduit par une convergence des solutions induite par la reconnaissance et le respect mutuel que voue chacune des cours européennes au système juridique concurrent⁴⁶⁶. Les relations entre les deux cours européennes n'ont pas été d'emblée placées sous le sceau de la coopération. Soucieuses de leur autonomie, elles ont dans un premier temps cherché à instaurer une hiérarchie entre elles. Il a en effet été reproché à la Cour de justice des Communautés européennes de « vampiriser »⁴⁶⁷ ou « d'instrumentaliser »⁴⁶⁸ la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et à la Cour européenne des droits de l'homme d'annexer l'Union européenne par voie jurisprudentielle⁴⁶⁹. Conscientes de la valeur ajoutée de chacune d'elles, les deux cours européennes entendent désormais coexister.

133. La reconnaissance et le respect mutuel de leur particularité respective leur permet d'entretenir des relations équilibrées. Le succès des interactions entre les deux juridictions européennes est en effet le résultat d'une reconnaissance réciproque des deux ordres

⁴⁶⁴ Voir auditions de MM. Schoo, Piris et Petite, 23 juillet 2002, DT n° 13 ; voir également l'audition du juge Fischbach, 17 septembre 2002, doc. CONV. 295/02.

⁴⁶⁵ Voir sur l'exposé d'un « bilan contrasté » des relations harmonieuses entre les deux juridictions européennes, G. Cohen-Jonathan, La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice des Communautés européennes, dans R. Bieber et autres, *Au nom des peuples européens, un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Nomos, 1996, pp.64 et s. ; *Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, La Documentation française, 2000, pp. 99-100 ; *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrestien, 1999, p.168.

⁴⁶⁶ P. Pescatore, La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux. Enquête sur un problème virtuel, *R.M.C.U.E.* 2003, p. 155 ; M. Artino et P.-Y. Noël, Les perspectives d'interactions entre la CJUE et la Cour européenne des droits de l'homme du fait de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, *R.M.C.U.E.* 2010, n° 540, pp. 446-450, spéc. p. 450.

⁴⁶⁷ D. Simon, Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus »?, *Pouvoirs, Les cours européennes. Luxembourg et Strasbourg*, n° 96, pp. 31-49, spéc. p. 47.

⁴⁶⁸ J. Coppel et A.O'Neill, The European Court of Justice : taking rights seriously, *CMI.Rev.*, 1992, pp.669-692.

⁴⁶⁹ Pour un résumé des relations conflictuelles entre les deux cours en quête de suprématie voir L. Scheeck, *L'amplification de la résonance et la réduction de la dissonance ? La relation entre les cours européennes et l'intégration par les droits de l'homme*, 8^{ème} Congrès de l'Association française de Science politique, Lyon, 14-15 et 16 septembre 2005, contribution à la table ronde n° 5 sur l'énonciation des normes internationales, <http://sites.univ-lyon2.fr/congres-afsp/IMG/pdf/Scheek.pdf>, spéc. p. 6 et s.

juridiques par les deux cours européennes. La Cour de justice de l'Union européenne a manifesté son respect singulier à l'égard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme en lui accordant une "signification particulière"⁴⁷⁰. Par cette considération spéciale, la Cour de justice de l'Union européenne fait de la Convention européenne une source privilégiée en termes de droits fondamentaux, voire même le droit commun des droits fondamentaux en Europe⁴⁷¹. Le statut particulier du droit de la Convention parmi les sources d'inspiration du droit de l'Union européenne se vérifie amplement lorsque la Cour de justice connaît d'une affaire ayant trait à la famille. Le recours répété à cet instrument européen s'explique sans doute par la longue expérience de la Cour européenne⁴⁷² en la matière. Aussi, le système juridique de l'Union européenne, plutôt spécialiste des questions économiques et sociales, a tout à apprendre de la Convention européenne et de la Cour qui assure son respect.

134. De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme a pris acte de l'existence de l'Union européenne comme "ordre juridique spécifique" à l'occasion des arrêts *Moustaquim et C. contre Belgique*⁴⁷³. Dans ces affaires, un marocain expulsé de Belgique avait prétendu subir un sort moins favorable que celui des délinquants citoyens européens, épargnés par de telles mesures. La Cour, après avoir admis le non respect du droit à la vie familiale, rejette l'allégation de violation combinée des articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme au motif que l'instauration d'une citoyenneté européenne propre à l'Union européenne justifie de manière objective et raisonnable une telle différence de traitement. La Cour européenne a apprécié la violation alléguée « à la lumière »⁴⁷⁴ du particularisme communautaire⁴⁷⁵. Elle a, en d'autres termes, « communautarisé » son interprétation de la Convention. Monsieur le professeur F. Sudre illustre parfaitement cette idée d'adaptation du raisonnement de la Cour européenne à la spécificité du droit de l'Union

⁴⁷⁰ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoeschst AC c/ Commission des Communautés européennes*, aff. J.T.es 46/87 et 227/88, Rec. 2859, point 13 ; CJCE, 18 juin 1991, *ERT/DEP*, aff. C-260/89, point 41.

⁴⁷¹ F. Tulkens et J. Callewaert, La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux, dans M. Dony et E. Bribosia (éd.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, op. cit., pp. 177-203, spéc. p. 178.

⁴⁷² L'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979 fut la première occasion pour la Cour européenne de se prononcer sur la notion de vie familiale. Cour EDH, arrêt *Marckx c. Belgique*, série A, n° 31, J.T., 1979, 513, obs. F. Rigaux ; A.F.D.I. 1980, 317, obs. Pelloux ; J.D.I., 1982, 183, obs. Rolland.

⁴⁷³ Arrêt du 18 février 1991, A.193 et arrêt du 7 août 1996, Rec. 1996, III.

⁴⁷⁴ Locution utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Aristimuno Mendizabal c. France*, 17 janvier 2006, point 69, JCP. G. 2006. I.164, F. Sudre.

⁴⁷⁵ J.-J. Pardini, Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques, art. préc., spéc. p. 151.

européenne en qualifiant la méthode adoptée dans ces affaires d' « acclimatation communautaire de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme »⁴⁷⁶.

135. La Cour européenne a confirmé son profond respect pour l'ordre juridique de l'Union européenne en le qualifiant de « source de précieuses indications »⁴⁷⁷. Cette qualification permet d'exprimer la particulière considération accordée aux apports du droit de l'Union européenne dans l'interprétation des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne. Le privilège de la modernité du droit de l'Union et plus particulièrement de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne explique sans doute une telle ouverture, surtout en ce qui concerne le droit de la famille. Rappelons, en effet, que l'évolution de cette branche du droit étant intimement liée aux phénomènes sociaux, la Cour européenne n'hésite pas à procéder à une interprétation dynamique de la Convention en ce qui concerne les droits familiaux. La Charte de l'Union européenne, célèbre pour son modernisme⁴⁷⁸, semble ainsi constituer un outil pertinent dans l'interprétation évolutive de la Cour. Les arrêts *Goodwin et I. Contre Royaume Uni*, qui seront évoqués ultérieurement⁴⁷⁹, en témoignent.

136. La reconnaissance et la prise en compte réciproque de l'existence de chacun des ordres juridiques et de leur spécificité par chacune des cours européennes⁴⁸⁰ a créé un climat révérencieux favorisant le dialogue entre les deux juridictions. Ce dialogue judiciaire prend appui sur des consultations réciproques informelles⁴⁸¹. Les juges européens échangent leurs points de vue sur des sujets communs à l'occasion de rencontres informelles organisées régulièrement depuis 1971. Ces rencontres ont lieu, soit à l'occasion de conférences, séminaires ou autres auxquels sont conviées les deux juridictions, soit lors de visites

⁴⁷⁶ F. Sudre, *Interaction des systèmes de garantie des droits de l'homme en Europe*, consultable sur : <http://webu2.upmf-grenoble.fr/espace-europe/acad2000/Academie/textes/sudre.htm>

⁴⁷⁷ Arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, 19 avril 2007, point 60.

⁴⁷⁸ J. Dutheil de la Rochère, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : quel apport à la protection des droits ?, dans *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, pp. 91-106, spéc. p. 97.

⁴⁷⁹ Voir *infra* n° 280 et s.

⁴⁸⁰ Voir D. Spielmann, Un autre regard : la Cour de Strasbourg et le droit de la Communauté européenne, dans *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, vol.II, Bruylant, 2004, pp. 1447-1466.

⁴⁸¹ Voir audition de M. Marc Fischbach à l'occasion de la quatrième réunion du groupe de travail II de la Convention européenne, Note de synthèse de la réunion du 17 septembre 2002 sous la Présidence du Commissaire Antonio Vitorino, CONV 295/02, point 2, p. 6.

mutuelles⁴⁸². Ces entrevues plus ou moins longues leur permettent de discuter et de débattre des jurisprudences respectives afin de construire une réflexion commune et de s'influencer mutuellement. En effet, à l'occasion de ces rencontres, sont organisées des réunions de travail au cours desquelles les juges des deux instances procèdent à des échanges de vues sur des questions juridiques d'actualité.

A titre d'exemple, au cours du « symposium des juges sur la relation entre la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »⁴⁸³, les membres de la Cour de justice de l'Union européenne⁴⁸⁴ et de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁸⁵ en présence, ont pu réfléchir sur la relation actuelle et future entre les deux instances judiciaires européennes. Même si cette propension au dialogue ne fait pas l'unanimité au sein des deux cours européennes⁴⁸⁶, la plupart des juges s'accordent à dire que l'interdépendance croissante des deux ordres juridiques européens implique davantage de complémentarité et d'harmonie jurisprudentielle⁴⁸⁷. Les présidents des deux cours européennes avaient d'ailleurs déjà eu l'occasion de rappeler les rapports étroits de collaboration qu'ils entretiennent à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire 2002⁴⁸⁸. En outre, le succès de la communication exigeant de la part de chacune des cours une bonne connaissance du système juridique concurrent, une liaison entre les greffes et

⁴⁸² Selon le vœu émis par les Présidents des deux cours, ces dernières se réunissent à des intervalles de plus en plus rapprochés. Elles se rencontrent désormais chaque année afin d'échanger sur les jurisprudences respectives émises au cours de l'année passée. La délégation de la Cour de justice s'est rendue à la Cour européenne des droits de l'homme le 2 avril 2004 et le 13 novembre 2007 tandis que cette dernière a été reçue au siège de la Cour de justice le 3 avril 2006 et le 24 novembre 2008.

⁴⁸³ Rencontre organisée au château de Bourglinster le 16 septembre 2002 à l'initiative de la présidence luxembourgeoise du Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

⁴⁸⁴ Vassilios Skouris, juge ; Damaso Ruiz Jarabo Colomer et Francis Jacob, avocats généraux.

⁴⁸⁵ Marc Fischbach, Christos Rozakis et José Antonio Pastor Ridruejo, juges.

⁴⁸⁶ Voir L. Scheeck, *L'amplification de la résonance et la réduction de la dissonance ? La relation entre les cours européennes et l'intégration par les droits de l'homme*, art. préc., spéc. p.15.

⁴⁸⁷ Voir les exposés des juges européens, C. Rozakis, « The control exercised by the European Court of Human Rights » et M. Fischbach sur « La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : concurrence ou complémentarité ? », ainsi que l'intervention du juge communautaire, V. Skouris, sur « La protection des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice », Actes de la réunion, Doc. CM / Inf (2002) 44. Au cours de son exposé, le juge V. Skouris a notamment déclaré « la Convention européenne des Droits de l'Homme joue un rôle primordial dans le développement de la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, la convention constitue, à l'instar des traditions constitutionnelles des Etats membres, une source vivante pour la reconnaissance et la protection des droits fondamentaux dans l'union. La Cour de justice se réfère non seulement aux dispositions de la Convention, mais également aux différentes décisions de la Cour de Strasbourg avec une indication précise aux dispositifs pertinents, un élément qu'on ne peut pas sous-estimer, puisque la CJCE ne cite que ses propres arrêts et ceux rendus par la Cour des Droits de l'Homme », voir point IV de son intervention.

⁴⁸⁸ Voir le Discours de M. Luzius Wildhaber, Président de la Cour européenne des droits de l'Homme et de M. Gil Carlos Rodriguez Iglesias, Président de la Cour de justice des Communautés européennes, Strasbourg, 31 janvier 2002, dans *rapport annuel de la CEDH*, 2001, pp. 24-25 et 27-31.

les services de documentation de chacune des deux hautes juridictions européennes a été établie en vue de faciliter l'échange réciproque d'informations.

137. L'homogénéité des solutions retenues par les deux hautes cours européennes trouve également sa source dans la convergence des méthodes utilisées⁴⁸⁹ et plus particulièrement, en ce qui concerne le droit de la famille, le recours commun à l'interprétation évolutive et consensuelle. Le recours à la méthode consensuelle et évolutive par la Cour européenne des droits de l'homme s'explique par la volonté de faire évoluer le droit de la Convention en conformité avec les changements sociaux et l'évolution concordante des droits nationaux. Initialement, cette méthode ne figurait pas parmi les outils du juge de l'Union européenne. L'interprétation téléologique dominait l'activité juridictionnelle de la CJUE jusqu'à ce qu'elle s'empare de la question des droits fondamentaux. Cette méthode n'a d'utilité que pour l'interprétation de notions sociétales, dites concrètes⁴⁹⁰, parce que très attachée aux faits. Elle consiste en effet à faire évoluer le sens d'une notion en fonction, soit du constat d'une évolution juridique commune à plusieurs Etats membres, soit du constat de transformations sociales. Sont pris en compte comme facteurs d'évolution, le changement des mœurs et des mentalités, les progrès techniques et médicaux et enfin les réformes des droits internes⁴⁹¹.

138. Le droit de la famille, dont l'évolution est souvent influencée par le facteur sociologique⁴⁹², est un terrain favorable à une telle interprétation. Les exemples de jurisprudence, tant européenne que communautaire, abondent. Les cours européennes appliquent cette méthode à des notions intimement liées à l'évolution de la société telles que le conjoint, le mariage ou bien la discrimination fondée sur le sexe. La juridiction de l'Union européenne a ainsi emprunté la méthode adoptée par les juges européens. Ce « mimétisme jurisprudentiel »⁴⁹³ s'explique certainement par la volonté de la CJUE de légitimer son intervention en la matière. En effet, le recours à cette méthode permet une nouvelle fois à l'Union européenne de se rapprocher des citoyens européens en prenant en compte l'évolution de la société, évolution qui touche au plus près le quotidien des citoyens européens. Elle

⁴⁸⁹ F. Picod, Le juge communautaire et l'interprétation européenne, dans J.-F. Flauss (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, pp. 289-334, spéc. p. 314 et s.

⁴⁹⁰ J. Hauser, L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille, dans *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, études en l'honneur de J.-C. Gautron*, Editions Pedone, 2004, pp. 105-116, spéc. p. 107.

⁴⁹¹ J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., spéc. p. 56.

⁴⁹² J. Comaille, *L'esprit sociologique des lois*, op. cit., spéc. p. 42.

⁴⁹³ R. Tinière, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2009, spéc. p.119.

permet donc à la Cour de justice de l'Union européenne d'être en phase avec leurs préoccupations.

Section 1 : les influences normatives entre les deux ordres juridiques européens supranationaux

139. Le dialogue entre les institutions des deux organisations européennes est nécessaire puisque le droit de la famille figure parmi les nouvelles priorités des activités respectives des deux Europe. Le succès de la construction européenne est tributaire du bien être des citoyens européens. Aussi, l'adoption d'une dynamique commune entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne concernant la question familiale, indispensable à la cohérence de la justice familiale, participe de la construction d'une Europe plus respectueuse des droits familiaux et veille ainsi à ce qu'elle soit bien vécue par les citoyens européens. Comme le suggère le rapport de Monsieur Juncker intitulé « Conseil de l'Europe - Union européenne : une même ambition pour le continent européen », le droit de la famille apparaît comme une piste de rapprochement possible entre les textes juridiques des deux institutions⁴⁹⁴. Cette convergence des droits européens en matière familiale résulte de l'influence des textes adoptés par chacune des organisations européenne sur le travail des institutions de l'autre ordre juridique européen supranational. Cette complémentarité des sources normatives européennes se vérifie tant sur le plan des droits fondamentaux (§1) que sur le terrain de l'espace judiciaire européen en construction (§2).

§1. La complémentarité des sources européennes concernant la protection des droits fondamentaux

140. Parce que le Conseil de l'Europe et l'Union européenne partagent les mêmes valeurs de démocratie pluraliste, de prééminence du droit, de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ils concourent tous deux à la protection des droits fondamentaux. Cette double protection suscite l'émoi chez les juristes qui voient en elle une source d'insécurité juridique pour les citoyens européens⁴⁹⁵. Les acteurs de la construction européenne ne partagent pas cet avis et adoptent une vision optimiste face à cette double intervention. Selon la Commission de Venise du Conseil de l'Europe « la coexistence de la

⁴⁹⁴ http://www.gouvernement.lu/salle_presse/actualite/2006/04/11conseil_europe/francais_mod.pdf.

⁴⁹⁵ P. Gaïa, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Revue française de droit constitutionnel*, 2004/2, n° 58, pp. 227-246, spéc. pp. 244-245.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et d'une Charte contraignante doit être considérée comme un élément positif étant donné qu'elle vise à améliorer la protection des droits des citoyens de l'Union »⁴⁹⁶.

141. Le risque de divergence ne saurait être exagéré au vu des multiples précautions prises par chacune des organisations pour l'éviter. L'état d'esprit qui domine l'intervention de l'Union européenne en ce domaine permet de l'affirmer. En effet, la protection assurée par le droit de l'Union européenne ne peut être moindre que celle acquise en droit conventionnel européen. Elle peut néanmoins être plus étendue que celle garantie par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Conformément à l'article 52 § 3 de la Charte, « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». Aussi, la Conv.ESDH constitue un standard minimum de protection et non un standard maximum.

142. Les instances du Conseil de l'Europe, associées de manière formelle à la genèse de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par l'intermédiaire d'un représentant du Secrétariat⁴⁹⁷ et d'un représentant de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁹⁸ siégeant en tant qu'observateurs au sein de la Convention, ont veillé à l'harmonie des droits fondamentaux protégés par les deux institutions. Les rédacteurs de la Charte ont fait le choix d'une coexistence harmonieuse des deux instruments européens de protection des droits fondamentaux en introduisant dans la Charte des clauses horizontales⁴⁹⁹. Ces clauses assurent en effet la coordination des deux textes par un renvoi systématique à la rédaction et à l'interprétation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme pour comprendre le sens des dispositions de la Charte. L'obsession de la convergence des droits fondamentaux protégés par les deux organisations se retrouve à travers la lecture du rapport

⁴⁹⁶ Avis n° 256/2003 de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (dite Commission de Venise) sur les implications d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne juridiquement contraignante sur la protection des droits de l'homme en Europe, CDL-AD (2003) 22, point 39.

⁴⁹⁷ M. H.-C. Kruger, Secrétaire général adjoint du Conseil de l'Europe.

⁴⁹⁸ M. le juge M. Fischbach.

⁴⁹⁹ Voir art. 52 §3 et 53 de la Charte.

explicatif du Praesidium⁵⁰⁰. Ce document, essentiel à la compréhension et à l'interprétation de la Charte, se réfère constamment aux articles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

143. L'initiative de l'Union européenne d'associer les instances du Conseil de l'Europe aux travaux de la Charte témoigne de l'attention portée aux acquis conventionnels et de la volonté des instances normatives de l'Union de légiférer à la lumière de l'expérience du Conseil de l'Europe. Tant le Conseil de l'Europe que l'Union européenne sont attachés à rappeler le rôle central du Conseil de l'Europe au sein de l'architecture européenne dans le développement d'une conception européenne commune des droits de l'homme. L'Union européenne considère effectivement le Conseil de l'Europe comme la source européenne de référence en matière de droits de l'homme⁵⁰¹.

144. La création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne en 2007 fut l'occasion pour l'Union européenne de réaffirmer son engagement en faveur de la protection des droits fondamentaux, mais réveilla encore une fois les inquiétudes émises sur le risque d'un chevauchement des compétences et des actions entre les services du Conseil de l'Europe⁵⁰² et cette nouvelle institution de l'Union européenne⁵⁰³. Les instances normatives de l'Union ont scrupuleusement veillé à écarter un tel risque en maintenant la place du Conseil de l'Europe comme référence principale de l'Agence dans plusieurs dispositions du règlement n°168/2007⁵⁰⁴. Il est en effet prévu que l'Agence est tenue de prendre en compte les activités déjà menées par le Conseil de l'Europe et de coordonner ses activités avec celles de celui-ci.

Toujours dans un souci de coordination entre les deux ordres juridiques en matière de droits fondamentaux, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ont conclu un accord concernant la coopération entre l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe⁵⁰⁵. L'entrée en vigueur de cet accord confirme l'engagement des deux organisations à travailler ensemble et à développer des relations concertées favorables à la cohérence et à l'efficacité de la protection des droits fondamentaux. Il établit un cadre de

⁵⁰⁰ Voir Explications de la Convention relatives à la Charte des droits fondamentaux, Doc. CONVENT 49 Rev I du 19 octobre 2000.

⁵⁰¹ Voir Mémoire d'accord entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, CM (2007) 74, point 17.

⁵⁰² Tels que le Commissaire au droit de l'homme ou la Cour européenne des droits de l'homme.

⁵⁰³ Voir rapport Junker précité, point 1.h.

⁵⁰⁴ Considérants 9 et 18 du préambule; art. 4.1.a ; art. 5.2.e ; art.6.2.b et art.9 du règlement n°168/2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOUE L 53/1 du 22 février 2007.

⁵⁰⁵ JOUE, 15 juillet 2008, L 186/7.

coopération entre l'Agence et le Conseil de l'Europe en organisant sur une base régulière des contacts et des réunions entre leurs personnels respectifs, en instaurant un échange d'information et en prévoyant une coordination des activités destinée à éviter les doubles emplois.

145. Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne travaillent de concert voire même en tandem concernant la protection des droits fondamentaux entendue de manière globale. Ce constat se vérifie également en ce qui concerne plus spécifiquement la protection des droits fondamentaux de la famille **(A)** et plus particulièrement ceux de l'enfant **(B)**.

A. L'action concordante des sources européennes en faveur de la protection des droits fondamentaux de la famille

146. L'Union européenne s'est attachée à protéger les droits fondamentaux beaucoup plus tardivement que le Conseil de l'Europe qui dispose, en ce domaine, d'une expérience longue de 50 ans. L'intervention de l'Union européenne dans ce domaine a été accueillie avec scepticisme par la doctrine alors même que les institutions du Conseil de l'Europe s'en félicitaient⁵⁰⁶. L'articulation des actions et mesures prises par les deux organisations en la matière se veut néanmoins rassurante. En effet, l'Union européenne s'efforce d'agir et d'intervenir dans le respect des acquis conventionnels. L'analyse de l'attitude adoptée par les institutions de l'Union européenne en ce qui concerne la garantie des droits familiaux témoigne de leur volonté non seulement de contribuer à l'effectivité de la protection des droits familiaux, mais aussi de développer une protection supplémentaire. Ainsi, l'Union européenne relaie, mais aussi supplée l'action insuffisante du Conseil de l'Europe dans la protection des droits familiaux.

Cette complémentarité normative des deux ordres juridiques européens supranationaux se vérifie tant en ce qui concerne le droit au respect de la vie familiale **(1)**, le droit au mariage **(2)**, que l'égalité des couples en luttant contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle **(3)**.

⁵⁰⁶ Voir résolution 1228 (2000) relative à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 29 septembre 2000.

1. Le droit au respect de la vie familiale

147. L'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 8 de la Conv. ESDH garantissent le droit au respect de la vie familiale. Lorsque la doctrine parle de « jeu de miroirs »⁵⁰⁷ entre ces deux textes c'est en raison de la ressemblance existante entre le contenu et la portée des divers droits qu'ils protègent. Le contenu de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est identique à celui de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Il a en effet le même sens et la même portée⁵⁰⁸. La coexistence de ces deux textes similaires pourrait induire une divergence dans l'appréhension de la notion de vie familiale par les organes institutionnels des deux organisations. La pratique de l'Union européenne démontre au contraire une convergence⁵⁰⁹. Les institutions de l'Union se réfèrent systématiquement à la conception conventionnelle de la vie familiale pour se prononcer sur des questions mettant en jeu le respect de ce droit fondamental.

148. Le Réseau d'experts indépendants de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux utilise dans son travail d'analyse toutes les normes du droit international et européen des droits de l'homme, ce qui permet d'éviter les éventuels problèmes d'interprétation ou de conflits entre ces différentes normes. Parmi ses principaux instruments de référence figurent la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁵¹⁰. Le réseau s'est notamment fondé, dans son avis 1-2003⁵¹¹, sur l'évolution palpable tant au sein de la Commission européenne des droits de l'homme que dans la jurisprudence de la Cour EDH pour admettre l'extension du droit au regroupement familial au partenaire de même sexe. Consécutivement, la directive 2003/86/CE relative au regroupement familial en a étendu le bénéfice aux partenaires non mariés de même sexe.

On peut également relever les nombreuses références à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans le Manuel d'utilisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne élaboré par le Réseau afin de faciliter l'utilisation de la Charte par les instances

⁵⁰⁷ A. Gouttenoire, La double protection de la famille en Europe, *Info. Soc.* 2006/1, n° 129, pp. 34-42, spéc. p. 35.

⁵⁰⁸ Voir Explications du praesidium, document précité.

⁵⁰⁹ J.-P. Costa, La Convention européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la problématique de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention, consultable sur : www.iue.it/PUB/law04-5.pdf

nationales et européennes. Il y est notamment fait référence pour déterminer ce qui relève de la vie familiale au sens de l'article 7 de la Charte et énoncer les situations protégées par le droit à une vie familiale.

149. Cette double protection européenne du droit à la vie familiale s'inscrit dans un climat de collaboration dans le sens où l'Union européenne contribue à en assurer l'effectivité à partir de l'expertise des institutions du Conseil de l'Europe. Mais n'est-ce pas faire double emploi que d'absorber le droit au respect de la vie familiale tel qu'il est déjà garanti par le droit européen conventionnel. Ainsi se pose le problème de l'utilité de cette double protection. La protection du droit au respect de la vie familiale par l'Union européenne présente une dimension psychologique et semble servir autant l'intérêt de la construction de l'Union que celui du citoyen européen.

En assurant au citoyen européen une protection égale à celle garantie par le Conseil de l'Europe, l'Union européenne entend se rapprocher des citoyens européens et corrélativement, inscrire dans leurs esprits la légitimité de sa construction. En effet, la consécration du droit au respect de la vie familiale permet à l'Union européenne de démontrer à ses citoyens qu'elle ne réalisera plus son objectif économique sans prise en compte de la dimension humaine de sa construction. En d'autres termes, elle entend montrer qu'elle accorde autant d'importance au respect du droit à la vie familiale qu'à la construction du Marché Intérieur. Pour le citoyen européen, cette protection supplémentaire du droit de l'Union européenne représente une certaine sécurité juridique. Les facilités de circulation accordées par le droit de l'Union européenne exposant la vie familiale à des atteintes multiples, l'assurance d'une protection du droit à la vie familiale propre au système de l'Union rassure le citoyen européen. En résumé, si d'un point de vue juridique cette double protection est inutile, d'un point de vue psychologique elle présente un double intérêt : celui de rassurer le citoyen européen et celui d'asseoir la légitimité de la construction de l'Union européenne.

⁵¹⁰ Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002, pp. 20-21, http://europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/doc/rapport_2002_fr.pdf

⁵¹¹ Appréciation, au regard des droits fondamentaux, portant sur la prise en compte des formes d'unions entre partenaires non mariés ainsi que des mariages entre personnes de même sexe dans la proposition modifiée de la directive du Parlement 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 Etats membres, 10 avril 2003, CFR-CDF.avis1-2003, points IV et V.

150. La protection européenne du droit au respect de la vie familiale a récemment évolué sous l'influence du droit de l'Union européenne. En effet, la Cour EDH a pris appui sur le droit dérivé de l'Union européenne afin d'étendre la définition de la notion de vie familiale de l'article 8 de la Conv. ESDH dans l'arrêt *Schalk et Kopf*⁵¹². Dans cette affaire, la Cour EDH reconnaît pour la première fois que les relations sexuelles et affectives d'un couple homosexuel entrent dans le champ d'application de la notion de vie familiale⁵¹³. Antérieurement, il était de jurisprudence constante que les relations stables entretenues par deux personnes de même sexe relevaient de la vie privée et non pas de la vie familiale⁵¹⁴. Cette conception étroite de la Cour EDH avait d'ailleurs été reprise par la Cour de justice de l'Union européenne.

Pour justifier ce revirement de jurisprudence, la Cour EDH s'est appuyée non seulement sur l'évolution convergente du droit des Etats membres vers une reconnaissance juridique des couples homosexuels, mais aussi sur la « tendance croissante » du droit dérivé de l'Union européenne « à englober les couples homosexuels dans la notion de "famille" »⁵¹⁵. La juridiction strabourgeoise s'est en effet référée aux définitions de la notion de membre de la famille retenues par les directives n° 2003/86/CE relative au regroupement familial et n° 2004/38/CE concernant le droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres. Elle a en effet relevé que les deux textes reconnaissent le partenaire enregistré non marié comme un membre de la famille. Ainsi, peut-on dire que la configuration européenne du droit au respect de la vie familiale n'est plus seulement le résultat de l'emprise normative du droit du Conseil de l'Europe sur celui de l'Union européenne, mais se construit également sous l'influence du droit de l'Union européenne.

2. Le droit au mariage

151. L'article 12 de la Conv. ESDH et l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE garantissent tous deux le droit au mariage, mais dans des termes différents. Conformément au premier de ces textes, « à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce

⁵¹² Cour EDH, 22 juin 2010, arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* : JCP. G. 2010, 1013, obs. H. Fulchiron ; *R.T.D. civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *Dr. fam.* 2010, n° 10, Comm. n° 143, note E. Lagarde ; *Dr. fam.* 2011, n° 4, Etude n° 10, n° 1, obs. A. Gouttenoire.

⁵¹³ Voir dans le même sens Cour EDH, 22 juillet 2010, *P.B. et J.S. c. Autriche*, n° 18984/02 : *AJ fam.* 2010, p. 395.

⁵¹⁴ Cour EDH, déc. *Mata Estevez c. Espagne*, 10 mai 2001, n° 56501/00.

⁵¹⁵ Voir § 93 de l'arrêt *Schalk et Kopf*.

droit ». Aux termes du second, « le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ». L'article 9 de la Charte n'est donc pas « un simple duplicata »⁵¹⁶ de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce texte figure parmi les dispositions ayant une portée plus étendue que celle de l'article 12 de la Conv.ESDH. Cette différence de formulation a été accueillie plus ou moins bien par l'ensemble des juristes. Certains l'ont accueillie favorablement en la présentant comme une volonté de faire concorder le droit au mariage avec l'évolution de la société⁵¹⁷. Selon eux, la suppression de toute référence à l'altérité des sexes permettrait la reconnaissance au niveau européen des mariages homosexuels déjà admis par quelques Etats membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. L'article 9 de la Charte constituerait dès lors une avancée par rapport à l'article 12 de la Conv. ESDH dont la formulation cantonne la vision du mariage à l'image traditionnelle du couple hétérosexuel. En d'autres termes, la Charte moderniserait ainsi le texte de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et rendrait obligatoire la reconnaissance du droit au mariage aux couples homosexuels.

152. Il convient néanmoins de ne pas attribuer une telle portée à la Charte⁵¹⁸ puisque celle-ci rappelle expressément que le droit au mariage est garanti selon les lois nationales qui en régissent l'exercice. En conséquence, l'article 9 de la Charte ne peut imposer aux Etats l'ouverture du droit mariage aux personnes homosexuelles. Ainsi, la différence de formulation entre les deux instruments tient seulement à la circonstance que certains Etats membres avaient admis le mariage entre personnes de même sexe au moment de la rédaction de la Charte⁵¹⁹. Le commentaire relatif à l'article 9 de la Charte rédigé par le réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux (CFR-CDF) en 2006 permet d'en rendre compte. Le CFR-CDF souligne que le libellé de l'article 9 de la Charte n'implique pas une obligation pour les Etats membres d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, mais permet seulement de reconnaître au droit au mariage une portée plus étendue que celle de l'article 12 de la Conv. ESDH lorsque la loi nationale le prévoit.

⁵¹⁶ Formule empruntée à A. Gouttenoire, La double protection de la famille en Europe, art. préc., spéc. p.36.

⁵¹⁷ P. Gaïa, La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. préc. , spéc. pp. 233-234

⁵¹⁸ G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001, spéc. pp. 114-116.

⁵¹⁹ M. Levinet, Les discriminations au regard du mariage dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage et conjugalité, parenté-parentalité*, op. cit., pp. 55-80, spéc. p. 66.

153. Cette différence de point de vue met en exergue les difficultés qu'engendre une double protection des droits fondamentaux de la famille et surtout le risque d'incohérence auquel elle peut aboutir. A l'heure de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne reste à savoir si l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne fera pas de l'ombre à l'article 12 de la Conv. ESDH, prétendument moins moderne. La Cour EDH semble l'admettre dans l'affaire *Schalk et Kopf* l'ayant saisi pour la première fois de la question du droit au mariage homosexuel. Selon les requérants, le refus des autorités autrichiennes de leur permettre de se marier faute de répondre à la condition de l'altérité des sexes constitue une violation du droit au mariage garanti par l'article 12 de la Conv. ESDH. La Cour EDH n'accède pas à leur demande après avoir énoncé que « l'article 12 n'impose pas au gouvernement défendeur l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel »⁵²⁰.

Pour aboutir à cette conclusion, la Cour EDH s'est expressément référée à l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elle reprend expressément à son compte les termes du commentaire de l'article 9 de la Charte⁵²¹ pour en déduire que l'article 12 de la Conv. ESDH doit désormais s'entendre comme protégeant le droit au mariage homosexuel lorsque les Etats membres l'ont reconnu dans leur droit interne sans pour autant contraindre les autres Etats à étendre le droit au mariage aux couples homosexuels. La Cour EDH s'aligne ainsi sur le droit de l'Union européenne pour reconnaître la liberté des Etats membres d'autoriser ou d'interdire le mariage homosexuel fondée sur la diversité des droits nationaux. En d'autres termes, elle admet que l'article 12 de la Conv. ESDH doit désormais s'interpréter à la lumière de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et se retranche⁵²² derrière la formulation de ce texte pour expliquer l'abandon d'une définition exclusivement traditionnelle du mariage.

3. L'égalité des couples et la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle

154. Il est un autre terrain sur lequel le Conseil de l'Europe et l'Union européenne militent de façon concordante dans le domaine des droits fondamentaux, il s'agit de la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Même si sur ce sujet, les deux organisations partagent les mêmes idées, elles n'ont pas encore entrepris d'action commune. Elles semblent en effet faire cavalier seul sur ce terrain. Elles ont entrepris et adopté chacune

⁵²⁰ Voir § 63 de l'arrêt *Schalk et Kopf*.

⁵²¹ Voir §§24, 25 et 60 de l'arrêt *Schalk et Kopf*.

⁵²² Voir dans ce sens H. Fulchiron, La CEDH n'impose pas l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, *JCP*. G. 2010, 1013, spéc. p. 1904.

de leur côté un certain nombre d'études et mesures sans que l'une ne tire parti du travail effectué par l'autre.

155. L'Union européenne s'est emparée de la question en vue de renforcer l'action déjà entreprise par le Conseil de l'Europe. C'est en effet après avoir constaté que les mesures prises par le Conseil de l'Europe sur cette question⁵²³ demeuraient sans effet sur l'ordre juridique de certains Etats membres que l'Union européenne a entendu dénoncer ces discriminations et sensibiliser de nouveau les Etats à cette question afin de les combattre. Elle l'a fait notamment le 1^{er} février 2006 en sollicitant du Réseau d'experts indépendants de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux une vue d'ensemble de la situation dans l'Union⁵²⁴.

En outre, en 2007 le Parlement européen a demandé à la nouvelle Agence des droits fondamentaux d'élaborer un rapport comparatif relatif au phénomène de l'homophobie et de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans tous les Etats membres de l'Union européenne. L'Agence a rendu deux rapports sur la question, l'un sur un aspect juridique⁵²⁵ et l'autre sur un volet social⁵²⁶. Ces travaux ont démontré la nécessité d'élaborer des mesures juridiques pour assurer le respect, la promotion et la protection des droits fondamentaux des personnes lesbiennes, gaies, bisexuelles et transsexuelles notamment concernant l'exercice de leurs droits familiaux. Corrélativement, la commission européenne a proposé le 2 juillet 2008 au Conseil une directive⁵²⁷ visant à étendre le champ d'application de cette discrimination à tous les domaines clés de la vie sociale et à assurer une protection efficace⁵²⁸.

⁵²³ Il s'agit de la recommandation APCE 1474 (2000) et de la résolution APCE 924 (1981)

⁵²⁴ Voir avis n° 2 - 2006 du 27 mars 2006, Equalisation of treatment between homosexual and heterosexual relations with regard to the age limits for sexual offences. The remaining exceptions in the member states, CFR-CDF. Opinion2-2006.doc.

⁵²⁵ Rapport « Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the European Union Member States, Part I: Legal Analysis », juin 2008, Consultable sur:

<http://www.halde.fr/IMG/alexandrie/3789.PDF>

⁵²⁶ Rapport « Homophobie et discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans les Etats membres de l'Union européenne, Part. II : la situation sociale », mars 2009, consultable sur :

http://www.equineteurope.org/hdgso_part2_summary_fr.pdf

⁵²⁷ Proposition de la Commission pour une directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, COM(2008)426 final. Cette directive est toujours en discussion au Conseil après approbation du Parlement européen., voir PRES/2011/176/.

⁵²⁸ Depuis 2000, la directive cadre sur l'emploi interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, mais seulement dans le domaine de l'emploi et de la formation. Voir à cet effet la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origines ethnique, J.O. n° L 180/22 du 19 juillet 2000 ; la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, J.O. n° L 303/16 du 2 décembre 2000 et la directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de

156. Le même jour le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a décidé d'élaborer une recommandation concernant les mesures de lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre⁵²⁹. Cette recommandation a été adoptée le 31 mars 2010⁵³⁰ et invite les Etats membres à mettre en œuvre ce principe dans le domaine de la vie privée et familiale. Elle invite en effet les Etats à « prendre [d]es mesures appropriées pour garantir la reconnaissance juridique intégrale du changement de sexe d'une personne dans tous les domaines de la vie, en particulier en permettant de changer le nom et le genre de l'intéressé dans les documents officiels de manière rapide, transparente et accessible », « pour garantir, une fois le changement de sexe accompli et juridiquement reconnu le droit d'une personne transgenre d'épouser une personne du sexe opposé à son nouveau sexe »⁵³¹. Elle recommande également aux Etats membres de conférer les mêmes droits et le même statut juridique que les couples hétérosexuels dans une situation comparable aux partenaires homosexuels lorsque les législations nationales reconnaissent le partenariat enregistré entre personnes de même sexe.

Plus récemment l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté une résolution relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre⁵³², à la suite d'une étude menée sur ce sujet par la commission des questions juridiques et des droits de l'Homme⁵³³. Elle suggère notamment la reconnaissance juridique des couples homosexuels⁵³⁴ ainsi que l'exercice commun de la responsabilité parentale par deux partenaires de même sexe⁵³⁵.

157. Cette double intervention dénote une volonté des deux organisations de défendre leur pré-carré au sein de la nouvelle architecture européenne en tant qu'organisation protectrice des droits fondamentaux. Le communiqué de presse rendu par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe à la suite de l'adoption par le Comité des Ministres de la recommandation

l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, J.O. n° L 373/37 du 21 décembre 2004.

⁵²⁹ Voir le rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'Homme de l'Assemblée parlementaire du 8 décembre 2009 relatif à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, Doc. 12087, consultable sur :

<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documants/WorkingDocs/Doc09/FDOC12087.htm>

⁵³⁰ Rec (2010)5 « sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ».

⁵³¹ Voir l'annexe à la Rec (2010) 5.

⁵³² Résolution 1728(2010)1 adoptée le 29 avril 2010.

⁵³³ Rapport du 8 décembre 2009 précité.

⁵³⁴ Voir le point 16.9 de la résolution.

⁵³⁵ Voir le point 16.10 de la résolution.

Rec (2010) 5 permet d'en rendre compte. Selon le secrétaire, cette recommandation est « le premier texte juridique au monde à traiter expressément de l'une des formes de discrimination les plus discutables et difficiles à combattre »⁵³⁶. Il semble donc avoir oublié l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prohibant expressément toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Sans doute le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe a-t-il voulu rappeler le rôle important du Conseil de l'Europe dans la protection des droits fondamentaux sur la scène mondiale et européenne.

B. L'action complémentaire des sources européennes en faveur des droits fondamentaux de l'enfant

158. Parce que la promotion des droits des enfants est une priorité commune aux deux organisations européennes, celles-ci se sont engagées à conjuguer leurs efforts sur ce terrain. En effet, tandis que, d'un côté, le Parlement européen de l'Union européenne soulignait l'importance de resserrer les liens avec le Conseil de l'Europe afin d'en faire un partenaire privilégié dans la mise en place d'une stratégie pour les droits de l'enfant⁵³⁷, d'un autre côté, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe manifestait le souhait de renforcer, sur ce sujet, sa coopération avec l'Union européenne à l'occasion du lancement de sa Stratégie de Stockholm relative à la construction d'une Europe pour et avec les enfants⁵³⁸. Ces vœux ont été renouvelés par la Secrétaire générale du Conseil de l'Europe au cours du forum sur les droits de l'enfant organisé le 9 décembre 2008⁵³⁹.

De ces déclarations d'intention, s'en est suivi un accord de coopération entre les deux organisations. La protection des droits de l'enfant expressément visée dans le Mémoire d'accord conclu entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne le 23 mai 2007 fait désormais partie intégrante du champ d'application du nouveau cadre de coopération et de dialogue politique mis en place par les deux organisations⁵⁴⁰.

⁵³⁶ Communiqué de presse 277(2010).

⁵³⁷ Rapport « vers une stratégie européenne sur les droits de l'enfant », Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, A6-0520/2007.

⁵³⁸ Voir Stratégie 2009-2011 « Construire une Europe pour et avec les enfants », point IV, CM(2008)171F et la liste non exhaustive d'activité pour les années 2009-2011, CM(2008)171addF ; voir le rapport intitulé « Les idées – forces » rédigé à l'issue de la Conférence de Monaco, 4-5 avril 2006, p.34. Les participants de la Conférence ont suggéré de renforcer les partenariats en raison de la dynamique qui prévaut sur la scène européenne et même internationale en faveur des droits de l'enfant. Il a notamment été proposé de développer les rapports avec la Commission européenne. Voir également Bilan de la présidence suédoise et décisions à prendre concernant le programme « construire une Europe pour et avec les enfants- stratégie 2009-2011 », CM(2008)171, 21 novembre 2008, IV.

⁵³⁹ Conférence organisée sous les auspices du Conseil de l'Europe à Bruxelles, voir le discours de Mme M. de Boer-Buquicchio, http://www.coe.int/t/dc/press/news/20081209_disc_sga_en.asp

⁵⁴⁰ Voir point 21 du Mémoire d'accord.

159. La fréquence des échanges entretenus par les différentes instances européennes sur la question de la défense des droits des enfants démontre leur volonté d’agir de concert en vue d’assurer la garantie effective des droits des enfants en Europe. Chacune des organisations européennes est attachée à apporter sa contribution aux travaux de son partenaire européen. A titre d’exemples, le Conseil de l’Europe a participé activement à de nombreuses réunions organisées par l’Union européenne sur la protection des enfants⁵⁴¹ telles que la conférence sur la lutte contre les abus sexuels, l’exploitation sexuelle et le travail des enfants⁵⁴², la conférence sur la coopération judiciaire pour le droit des enfants⁵⁴³, la conférence des Ministres européens responsables de l’enfance intitulée « Prévenir la maltraitance, promouvoir la bientraitance : une ambition européenne »⁵⁴⁴, l’audition sur les droits de l’enfance organisé par le parlement européen en avril 2007 ainsi qu’au forum européen sur les droits des enfants organisé par l’Union européenne à Berlin le 4 juin 2007⁵⁴⁵. A l’occasion de ces deux dernières rencontres, les coordinateurs de la Communauté européenne et du Conseil de l’Europe en matière de droits de l’enfant ont pu discuter de la coopération sur des projets concrets tels que l’organisation commune du forum européen sur les droits des enfants, la création d’un site web convivial pour les enfants et une campagne de lutte contre les violences sexuelles exercées sur les enfants⁵⁴⁶.

Quant à l’Union européenne, elle a été représentée à la première réunion du Comité permanent de la Convention européenne sur l’exercice des droits des enfants (T-ED)⁵⁴⁷, à la Conférence de Monaco sur le lancement du programme du Conseil de l’Europe « Construire une Europe pour et avec les enfants », ainsi qu’au séminaire régional européen sur la protection et la promotion des droits de l’enfant organisé par le Conseil de l’Europe à Kiev les 6 et 7 décembre 2007.

160. La nature des rapports entretenus par le Conseil de l’Europe et l’Union européenne concernant la promotion des droits de l’enfant tend à qualifier ces derniers de « droits associés ». En effet, l’action de l’Union européenne, plus récente, n’entend pas évincer le Conseil de l’Europe, mais plutôt renforcer l’action déjà entreprise à Strasbourg. L’Union

⁵⁴¹ Rapport du Secrétaire Général au Comité des Ministres sur les « relations entre le Conseil de l’Europe et l’Union européenne » pour la période janvier-décembre 2003, SG/Inf (2004) 7, 8 mars 2004, Annexe 1.

⁵⁴² Lucca, 25-26 septembre 2003.

⁵⁴³ Lecco, 9-11 octobre 2003.

⁵⁴⁴ Paris, 20 novembre 2003.

⁵⁴⁵ Doc. COM (2006) 367final.

⁵⁴⁶ Voir addendum au rapport du Secrétaire Général à l’intention du Comité des Ministres relatif aux « relations extérieures du Conseil de l’Europe en 2007 », SG/Inf (2008) 8 Add., 16 mai 2008, A., 1., 1.1., point 21.

⁵⁴⁷ Réunion des 8 et 9 juin 2006 à Strasbourg, T-ED3 (2006) f rév.

européenne espère user de tout son poids juridique et politique pour promouvoir efficacement le respect des droits universels de l'enfant et faire passer ces droits au premier plan des préoccupations internationales. Elle envisage ainsi son action comme une valeur ajoutée fondamentale et non comme un double emploi dans la mesure où elle vient relayer celle du Conseil de l'Europe afin d'assurer l'application effective de la Convention de New York⁵⁴⁸ par les Etats parties à ladite Convention.

En effet, la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants a été adoptée par le Conseil de l'Europe en vue d'aider ses Etats membres et d'autres Etats, parties à la Convention de New York, à s'y conformer⁵⁴⁹. Or l'Union européenne constatant l'absence d'une situation de respect général des droits de l'enfant et ce malgré les actions menées dans le cadre international et européen a entendu apporter sa pierre à l'édifice et contribuer à la construction d'une Europe et d'un monde des enfants. Aussi envisage-t-elle de faire avancer ce processus de mise en œuvre de la Convention de New York en intensifiant la coordination avec les acteurs internationaux parmi lesquels le Conseil de l'Europe, en coopérant avec les mécanismes pertinents du Conseil de l'Europe et en promouvant le respect des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁵⁰.

161. L'intégration expresse, par l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, des droits de l'enfant parmi les droits fondamentaux protégés en Europe constitue une avancée notable en ce sens. L'Union européenne a rendu explicite ce qui était implicitement reconnu par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁵⁵¹. Parmi les droits fondamentaux qui y sont reconnus figure celui d'être entendu dans toutes les procédures le concernant. Ce droit est reconnu par les deux systèmes juridiques européens et

⁵⁴⁸ Convention relative aux droits de l'enfant dite convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, Consultable sur : http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/44/25

⁵⁴⁹ Voir rapport explicatif de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (STCE n°160), point 4, <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Reports/Html/160.htm>; voir S. Demars, L'enfant et la justice dans les travaux du Conseil de l'Europe, dans M.-T. Meulders-Klein (dir.), *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, L.G.D.J., 1997, pp. 557-600, spéc. p. 582.

⁵⁵⁰ Voir les orientations de l'Union européenne concernant la promotion et la protection des droits de l'enfant adoptées par le Conseil en décembre 2007, <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/16031.fr07.pdf>

⁵⁵¹ Voir rapport préparé par le Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'« Accès des enfants à la justice-Cas spécifique de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que sa jurisprudence relative à l'accès des enfants aux juridictions nationales », MJU-28(2007)INF01F. Peu d'articles de la Conv. ESDH visent directement les mineurs. Aucun ne concerne les droits familiaux de l'enfant. C'est la raison pour laquelle la Cour EDH a développé une interprétation évolutive de certains articles de la Convention, tels les articles 2, 3, 4, 5, 6 et 8, afin de tenir compte de la vulnérabilité des enfants et des ados, ainsi que de leur intérêt supérieur dans les procédures les concernant. La Convention visant « toute personnes », nul ne discute du fait que les enfants entrent dans cette définition et bénéficient des droits garantis par la Convention.

représente un terrain où les deux ordres juridiques s'enrichissent et s'influencent mutuellement. Il a été notamment fait référence au texte du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil de l'Union européenne⁵⁵² dans le rapport explicatif de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants révisée afin de mettre l'accent sur l'importance de donner à l'enfant l'opportunité d'être entendu au cours des procédures qui le concernent qu'il s'agisse tant de celles qui concernent la responsabilité parentale que celles qui concernent l'adoption⁵⁵³.

162. Le Conseil de l'Europe, en appliquant à la question de l'adoption un principe retenu par l'Union européenne en matière d'attribution de la responsabilité parentale, assure une cohérence des ordres juridiques européens en ce qui concerne les procédures familiales impliquant un enfant. Cette coordination spontanée met en exergue la volonté des sources européennes de s'aligner l'une sur l'autre afin d'assurer leur cohérence. Cette initiative peut s'expliquer en raison de l'absence d'intervention normative de l'Union européenne en ce qui concerne la question de l'adoption. Le Conseil de l'Europe a adopté la logique de l'Union européenne en matière de protection des droits procéduraux de l'enfant en l'appliquant à l'adoption.

Il convient néanmoins de faire remarquer que l'intervention de l'Union européenne en matière d'adoption internationale ne saurait tarder. En effet, une conférence européenne a été organisée conjointement par le Conseil de l'Europe et la Commission européenne de l'Union européenne sur le thème de l'adoption les 30 novembre et 1^{er} décembre 2009⁵⁵⁴. Ce qui tend à confirmer que la coopération entre les deux systèmes se vérifie également dans le cadre de la construction d'un espace de justice européen pour la famille.

⁵⁵² Règlement du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, préc.

⁵⁵³ CM (2008) 13 add. , 28 mars 2008, voir art. 5 §1 et 6.

⁵⁵⁴ Conférence intitulée « Les enjeux dans les procédures d'adoption en Europe : garantir l'intérêt supérieur de l'enfant », Conclusions consultables sur : <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Adoption%20conference/Conclusions%20Adoption%20Conference%F.pdf>

§2. La complémentarité des sources européennes en faveur de la création d'un espace de justice européen

163. A l'occasion de la conférence intitulée « construire un espace de liberté, de sécurité et de justice : les défis pour l'Europe »⁵⁵⁵, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ont été invités à « promouvoir des synergies entre leurs actions respectives et renforcer l'organisation de leurs relations institutionnelles dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, en faisant un usage optimum de la nature complémentaire de leurs travaux ainsi qu'en assurant la cohérence et les avantages mutuels entre leurs cadres normatifs et leurs mécanismes de suivi respectifs »⁵⁵⁶. Ainsi, la volonté des deux organisations de faire de l'Europe un espace propice à la quiétude familiale les incite à coordonner leurs actions afin de développer la protection des droits familiaux et des relations familiales par la construction de nouvelles coopérations juridiques et judiciaires au niveau européen.

164. En conséquence, l'échange d'informations et de documentations entre les groupes d'experts des deux organisations est fréquent. La Commission européenne est systématiquement invitée aux réunions plénières du CJ-FA et réciproquement le Conseil de l'Europe participe aux réunions de travail de la Direction générale « Justice » de la Commission européenne. Ces réunions interservices permettent de valoriser les expériences et initiatives de chacune et mènent à terme à une certaine coordination normative. Les représentants des deux organisations procèdent à des échanges de vue influençant les travaux de chacune d'elles. En effet, même si ces représentants ne disposent pas du droit de vote, il n'empêche que les remarques formulées au cours des débats orientent la décision finale des organes délibérants de chaque institution.

⁵⁵⁵ Conférence organisée par le Conseil de l'Europe avec le concours du ministère de la justice de Roumanie et du ministère des affaires étrangères à Sinaia les 1^{er} et 2 avril 2004. Y ont participé les représentants des Etats membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, le Conseil de l'Union européenne, la Commission européenne et le Secrétariat Général du Conseil de l'Europe.

⁵⁵⁶ Voir le rapport du Secrétaire Général au Comité des Ministres sur les « relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne » pour la période janvier-décembre 2004, SG/Inf (2005) 9, 28 avril 2005, C., I., 6., a. ; voir également les Conclusions adoptées par les participants et notamment l'intervention de M. G. de Vel, Directeur Général des affaires juridiques, La mise en œuvre des normes européennes dans le domaine « Justice et Affaires intérieures » : la contribution du Conseil de l'Europe. Le domaine de la justice et des Affaires Intérieures y est présenté comme le domaine par excellence où l'Union européenne et le Conseil de l'Europe se retrouvent pour construire sur des valeurs et des normes communes l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Il y est également précisé que la protection des droits de l'enfant et des relations familiales, dans une Europe où les frontières sont toujours plus ouvertes se prêtent à une étroite coopération et à des synergies entre les deux organisations européennes.

Si le droit positif ne l'a pas encore admise, la participation de la Commission européenne au vote des instances du Conseil de l'Europe a été suggérée par l'ancien Secrétaire général M. Schwimmer, qui préconise l'institution d'un véritable partenariat entre les deux organisations par lequel l'Union européenne, en tant que partenaire-associé, pourrait représenter l'ensemble de ses Etats membres dans les domaines où ceux-ci ont transféré leur compétence à un niveau supranational et corrélativement participerait directement aux prises de décision de l'organisation⁵⁵⁷.

165. L'analyse des rapports entretenus par les instances normatives en matière familiale relève de multiples exemples de coordination destinés à assurer la garantie effective des droits familiaux ou à renforcer la protection de ces droits. Le droit de visite transfrontière en fait partie. S'il est souvent affirmé que le règlement *Bruxelles II Bis* a enrayé l'utilité de la Convention européenne relative à la garde des enfants adoptée par le Conseil de l'Europe en 1980⁵⁵⁸, il serait plus pertinent de voir dans l'intervention de l'Union européenne une volonté de relayer l'action du Conseil de l'Europe en voie d'essoufflement.

Dans un premier temps l'action de l'Union européenne en ce domaine s'était limitée à inviter les Etats membres à ratifier la Convention du Conseil de l'Europe. Le parlement européen l'avait fait dans le cadre de sa résolution du 16 mars 1984 sur la garde et l'enlèvement des enfants au-delà des frontières nationales après avoir estimé que cette Convention fournissait les instruments juridiques appropriés pour protéger, sur le territoire de l'Union, les enfants victimes du non respect du droit de garde⁵⁵⁹. L'idée d'élaborer un instrument spécifique à l'Union est née progressivement. C'est en effet après avoir constaté le manque de succès de la Convention auprès des Etats membres et les lacunes des techniques juridiques retenues, restreignant consécutivement l'effectivité du droit de garde transfrontière⁵⁶⁰, que l'Union européenne s'est emparée de la question. Ainsi, le manque d'efficacité du système conventionnel qualifié de trop souple ou flexible⁵⁶¹ a encouragé

⁵⁵⁷ Document d'information SG/Inf (2003) 35, 25 septembre 2003, Une Europe de partenaires. Vers un partenariat d'associés entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne.

⁵⁵⁸ Rapport de la 36^{ème} réunion plénière du CJ-FA, 15-17 novembre 2006, CJ-FA (2006) RAP 36 f.

⁵⁵⁹ Voir points 2 et 3 de la résolution, JOCE n° C 104/135, 16 avril 1984.

⁵⁶⁰ Voir les résolutions du Parlement européen sur l'enlèvement des enfants adoptées le 26 mai 1989 et le 9 mars 1993, JOCE n° C 158/391, 26 juin 1989 et JOCE n° C 115/33, 26 avril 1993.

⁵⁶¹ Voir F. Benoît-Rohmer et H. Klebes, *Le droit du Conseil de l'Europe : vers un espace juridique paneuropéen*, op. cit., spéc. pp.120-121 ; voir également Le rapport final de la Commission d'éminentes personnalités européennes⁵⁶¹ dite Commission Colombo qui avait déjà mis en évidence les insuffisances et faiblesses des instruments juridiques conclus au sein du Conseil de l'Europe.

l'action de l'Union, qui se veut beaucoup plus contraignante à l'égard des Etats membres. Cette intervention ne doit pas, dès lors, être qualifiée de substitut, mais de complément.

166. La question du droit de visite transfrontière permet de rendre compte de l'interdépendance des deux organisations dans la construction de l'espace judiciaire européen et démontre que chacune d'elle tire profit de l'intervention de l'autre sur le même sujet. En effet, si l'Union européenne profite de l'expertise du Conseil de l'Europe en matière d'harmonisation du droit substantiel de la famille, le Conseil de l'Europe s'appuie sur le poids et l'autorité juridique plus contraignants du droit de l'Union européenne. Il est vrai, en outre, que l'Union se penche davantage sur les questions liées au droit international privé de la famille alors que le Conseil de l'Europe se consacre plutôt à l'élaboration de règles de droit matériel⁵⁶². Même si l'Union européenne tend progressivement à s'intéresser au droit substantiel de la famille, les institutions de l'Union n'hésitent pas à puiser dans l'acquis conventionnel du Conseil de l'Europe pour compléter son action en matière de droit international privé européen de la famille et en assurer ainsi l'effectivité.

167. Les échanges ayant précédé et suivi l'adoption de la Convention européenne sur les relations personnelles en témoignent. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a pris connaissance des travaux en cours au sein de l'Union européenne à l'occasion de sa participation, d'une part, au séminaire sur la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière civile organisé par la présidence française de l'Union européenne⁵⁶³, et d'autre part, à la 34^{ème} réunion plénière du CJ-FA⁵⁶⁴. Au cours de cette dernière rencontre, les représentants de la présidence de l'Union européenne et de la Commission européenne ont fait connaître leur soutien au projet de Convention sur les relations personnelles après avoir constaté sa nature complémentaire par rapport au règlement *Bruxelles II*.

Il n'est donc pas surprenant que la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants tienne compte du règlement (CE) n°1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière

⁵⁶² Rapport N. Lowe, précité.

⁵⁶³ Séminaire organisé à Paris les 4 et 5 juillet 2000.

⁵⁶⁴ Voir Rapport du Secrétaire Général au Comité des Ministres relatif aux « relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne » pour la période d'août à décembre 2000, SG/Inf (2001) 10, 21 mars 2001, point 56 et Rapport de la 34^{ème} réunion plénière du CJ-FA, Strasbourg, 11-14 septembre 2001, CJ-FA (2001) RAP 34, dans CDCJ (2001) 23.

matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs⁵⁶⁵. Le Conseil de l'Europe a entendu renforcer l'application du règlement n°1347/2000 en encourageant l'adoption de principes communs au sujet des relations personnelles concernant les enfants⁵⁶⁶. Cela résume l'état d'esprit des législateurs européens qui est celui de légiférer dans le respect des agissements de l'autre et avec la volonté de compléter cette action.

168. La Commission européenne a poursuivi cette logique en proposant au Conseil de l'Union européenne la signature de la Convention par l'Union. Parce qu'elle vise à renforcer le droit fondamental des enfants, de leurs parents et de leurs proches à entretenir des relations régulières et contribue dès lors à la réalisation des objectifs qui sous-tendent les dispositions de l'Union européenne facilitant le droit de visite transfrontière⁵⁶⁷, la Commission européenne a souhaité intégrer cette Convention dans son ordre juridique en proposant au Conseil de la signer⁵⁶⁸. L'article 22 § 1 de la Convention permet une telle adhésion.

Cette participation de l'Union européenne aux conventions du Conseil de l'Europe est un mode déjà connu de coopération entre les institutions européennes lorsque les conventions adoptées par le Conseil de l'Europe ont un objet et un contenu matériel se situant dans le cadre des compétences de l'Union⁵⁶⁹. La participation de l'Union européenne aux accords signés sous les auspices du Conseil de l'Europe a été jugée indispensable pour assurer un minimum de cohésion juridique sur le continent européen. A cet égard, l'arrangement organisé par voie d'échanges de lettre du 16 juin 1987 prévoit qu'une attention particulière doit être portée dès la rédaction des traités à l'opportunité d'y insérer une clause permettant à l'Union européenne d'y devenir partie contractante.

⁵⁶⁵ Voir préambule de la Convention, STCE n°192.

⁵⁶⁶ Voir Rapport explicatif de la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants, point 10.

⁵⁶⁷ Voir exposé des motifs de la proposition et la déclaration de M.A. Vitorino, Commissaire à la Justice et aux Affaires intérieures, IP/02/1413 : « Cette convention a pour objet de garantir aux enfants dont les parents vivent dans deux Etats différents la possibilité d'entretenir régulièrement des contacts avec eux et d'autres personnes avec qui ils ont des liens de famille. Ce texte est conforme à la politique menée par la Commission pour faciliter l'exercice du droit de visite transfrontière dans la Communauté. L'exercice de ce droit pose de plus en plus de problèmes avec la mobilité des citoyens à l'intérieur de l'Union européenne. Il importe de trouver, au niveau international, des solutions qui soient dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette convention, qui jouera un rôle majeur à cet égard, complètera les travaux de la Commission dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution des décisions de justice ».

⁵⁶⁸ Proposition de Décision du Conseil relative à la signature par la Communauté européenne de la Convention du Conseil de l'Europe sur les relations personnelles concernant les enfants présentée par la Commission le 2 octobre 2002, COM (2002) 520 final.

⁵⁶⁹ R. Brillat, La participation de la Communauté européenne aux conventions du Conseil de l'Europe, *Annuaire français de droit international*, XXXVII, 1991, pp.819-831.

169. Cette initiative témoigne de la volonté des institutions de l'Union d'éviter les chevauchements et les double emplois en économisant des travaux et recherches longs et coûteux par l'usage des acquis conventionnels. Une telle intention transparaît aux yeux des textes invoqués à la base de cette proposition, à savoir les article 61 et 300, §2, alinéa 1 du Traité CE. Même si l'Union n'a pas encore procédé à cette signature, les travaux menés par le Conseil de l'Europe sur la question du maintien des relations personnelles des enfants a entre autres contribué à l'extension du champ d'application du règlement *Bruxelles II* à tous les enfants quelle que soit la nature de leur filiation. Les documents de travail de la Commission ayant conduit à l'élaboration du Règlement *Bruxelles II Bis* en témoignent. C'est en effet la volonté de s'aligner sur l'égalité des filiations reconnue et garantie par le droit du Conseil de l'Europe qui a encouragé l'Union européenne à appliquer ce principe à l'exercice du droit de visite transfrontière⁵⁷⁰.

Ainsi les mesures prises par le Conseil de l'Europe sont non seulement au cœur des réflexions menées par l'Union européenne, mais elles semblent également guider son action. Les multiples références faites aux travaux du Conseil de l'Europe à l'occasion tant des forums organisés par l'Union européenne⁵⁷¹ que de la rédaction des documents politiques et législatifs de l'Union⁵⁷², le confirment. Cet exemple de coopération illustre parfaitement l'idée selon laquelle l'Union européenne et le Conseil de l'Europe sont « deux moyens distincts, mais se renforçant mutuellement »⁵⁷³ de parvenir à une protection toujours plus efficace des droits familiaux. C'est parce qu'elles sont différentes dans leur dimension géographique et leur logique normative qu'elles sont si complémentaires.

170. La coopération des deux organisations opère également en ce qui concerne le droit des successions et la médiation familiale. Ces domaines sont d'autres exemples manifestes de prise en compte par l'Union européenne des acquis et perspectives européennes du Conseil de

⁵⁷⁰ Document de travail de la Commission relatif à la reconnaissance mutuelle des décisions en matière de responsabilité parentale, COM (2001) 166 final, 27 mars 2001.

⁵⁷¹ Le Conseil de l'Europe a participé, à l'invitation de la présidence belge de l'Union européenne, au forum international organisé à Bruxelles les 7 et 8 octobre 2000 sur le thème « responsabilité parentale : responsabilité privée, publique ? Enjeux et conséquences pour l'enfant ». Les conclusions de la Présidence de l'Union ont fait référence aux instruments du Conseil de l'Europe dans ce domaine. Voir Rapport du Secrétaire Général au Comité des Ministres sur les « relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne » pour la période janvier-décembre 2001, SG/Inf (2002) 12, 28 mars 2002, point 65.

⁵⁷² Voir notamment la résolution du Parlement européen sur la protection des familles et de la cellule familiale au terme de l'année internationale de la famille, JOCE n° C 18/96, 23 janv.1995 ; la résolution du Parlement européen sur la protection de la famille et de l'enfant, JOUE, n° C 128 du 7 mai 1999, p.0079.

⁵⁷³ Formule empruntée à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa résolution 1290 (2002) relative à l'avenir de la coopération entre les institutions européennes, adoptée le 26 juin 2002, point 11.

l'Europe. La coopération juridique en matière de succession dévoile le rôle précurseur du Conseil de l'Europe dans l'action de l'Union européenne. Il est un précurseur dans le sens où les conférences qu'il organise et les mesures qu'il entreprend contribuent à développer la coopération et à mettre le doigt sur les domaines de coopération juridique prioritaires.

171. C'est la Commission européenne qui a pris l'initiative d'engager une certaine coopération avec le Conseil de l'Europe sur la question du droit des successions. Elle l'a fait, d'une part, dans le cadre de sa participation à la 35^{ème} réunion plénière du CJ-FA et, d'autre part, à l'occasion de la 6^{ème} conférence européenne sur le droit de la famille. C'est au cours de la 35^{ème} réunion plénière du CJ-FA que la représentante de la Commission européenne a informé le Conseil de l'Europe des études en cours d'élaboration pour la Commission européenne dans le domaine des successions et précisé, alors même que l'action de l'Union est envisagée sous l'angle du droit international privé, que la Commission serait intéressée par une participation aux travaux du Conseil de l'Europe dans ce domaine⁵⁷⁴. La 6^{ème} conférence européenne sur le droit de la famille organisée par le Conseil de l'Europe en collaboration avec l'Union européenne fut la première occasion d'échanger sur le sujet. C'est ainsi que le droit des successions fut rangé parmi les matières « où les travaux des deux organisations pourront utilement se compléter pour faciliter la vie quotidienne des citoyens européens »⁵⁷⁵.

Les échanges se sont depuis multipliés et le groupe de travail sur les successions du CJ-FA n'a pas manqué de se féliciter de cette coopération fructueuse⁵⁷⁶. Il ressort des travaux menés par ce groupe de travail que les questions de droit international privé ont été volontairement exclues de son mandat, sans doute pour ne pas empiéter, comme le lui avait suggéré le rapport Lowe⁵⁷⁷, sur le domaine de compétence attribué à l'Union européenne par le Traité d'Amsterdam. Il y est également mentionné que l'étude sur les conflits existants en Europe entre la réglementation et les régimes actuels en matière de succession élaborée pour la Commission européenne⁵⁷⁸ a été prise en compte dans le cadre de ses travaux.

⁵⁷⁴ Rapport de la 35^{ème} réunion plénière du CJ-FA, 16-18 octobre 2002, CJ-FA (2002) RAP 35.

⁵⁷⁵ C. Hahn, rapport sur « la protection juridique de la famille en matière de successions : une approche comparative du point de vue de la Commission européenne », CONF/FA (2002) RAP5.

⁵⁷⁶ Rapport de la première réunion du Groupe de travail sur les successions, 10-12 mars 2003, CJ-FA-GT2 (2003) 1.

⁵⁷⁷ Rapport précité, CJ-FA (2006) 1, point VII., a).

⁵⁷⁸ Etude de droit comparé sur les règles de juridiction et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union européenne, élaborée par le Deutsches Notarinstitut (Dnotl) en coopération avec le Professeur H. Dörner et le Professeur P.Lagarde, consultable sur : http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/events/document/rapport_synthese_etude_fr.pdf.

172. Réciproquement, l'Union européenne s'est inspirée des travaux du Conseil de l'Europe concernant le droit des successions et des initiatives prises corrélativement afin de faciliter le règlement des successions européennes et internationales. Le Conseil de l'Europe, par l'adoption de la Convention relative à l'établissement d'un système d'inscription de testament, dite Convention de Bâle, a joué le rôle de catalyseur en matière d'interconnexion des registres testamentaires nationaux. En effet, la Convention prévoit la création de systèmes nationaux d'enregistrement des testaments afin de faciliter la découverte de testaments européens. Corrélativement, les pays l'ayant ratifié ont mis en place ces systèmes nationaux d'enregistrement des testaments. Et les organisations notariales chargées de tenir ces registres ont poursuivi cet objectif par la création d'un réseau européen des registres des testaments⁵⁷⁹. En effet, sous l'impulsion du Congrès des Notaires de l'Union européenne (CNUE), un réseau européen des registres de testaments interconnectant les fichiers nationaux des dernières volontés s'est mis progressivement en place.

Constatant, d'une part, le nombre limité de ratification de la Convention de Bâle⁵⁸⁰ et, d'autre part, la pertinence de l'initiative prise par le CNUE, la Commission européenne a engagé la réflexion sur la création d'un registre européen des testaments, qu'elle a consacré dans sa proposition législative⁵⁸¹. Tant le Parlement européen⁵⁸² que le Comité économique et social européen⁵⁸³ sont favorables à la création d'un réseau européen des registres des testaments par l'interconnexion des registres nationaux afin de simplifier la recherche et la constatation des dispositions testamentaires des défunts. Dès lors, la Commission européenne s'apprête à relayer l'action du Conseil de l'Europe en terme d'enregistrement des testaments européens non seulement en la perfectionnant, mais aussi en la rendant contraignante à l'égard de tous les Etats membres de l'Union européenne. Cet exemple de coordination permet de soutenir l'idée selon laquelle l'Union européenne et le Conseil de l'Europe sont en interaction et se renforcent mutuellement par la réception et l'exploitation de leurs travaux respectifs.

⁵⁷⁹ Voir étude des bonnes pratiques concernant la Convention relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments, CDCJ (2000) 10.

⁵⁸⁰ Voir avis du Comité économique et social européen sur le « Livre vert sur les successions et testaments », JOUE C 28/1 du 3 février 2006.

⁵⁸¹ 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 succession et à la création d'un certificat successoral européen, COM (2009)154 final.

⁵⁸² Voir résolution 2005/ 2148 (INI) en date du 16 novembre 2006 portant recommandation à la Commission sur les successions et testaments, A6-0359/2006 final.

⁵⁸³ Voir Avis du 26 octobre 2005, JOUE C 28 du 3 février 2006, p. 1.

173. La coopération des institutions européennes opère également au sujet de la médiation familiale et les autres modes extrajudiciaires de règlement des litiges. Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne entretiennent depuis peu de nombreux échanges sur la question. Les travaux menés préalablement à l'adoption de la directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale⁵⁸⁴ ont tenu compte des initiatives du Conseil de l'Europe⁵⁸⁵. Le livre vert ayant précédé la proposition⁵⁸⁶ législative de la Commission en fait mention⁵⁸⁷. La Commission a notamment pris en compte la recommandation de 1998 sur la médiation familiale ainsi que la recommandation sur la médiation civile. L'analyse de la directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation civile et commerciale témoigne de l'attention portée par les instances normatives de l'Union européenne aux acquis du Conseil de l'Europe. Ils se sont en effet inspirés en plusieurs points de la recommandation n° R (98) sur la médiation familiale, notamment en ce qui concerne l'invitation faite aux Etats d'élaborer des codes de bonne conduite, de promouvoir la formation des médiateurs et d'assurer la promotion de l'accès à la médiation auprès du public. Ces différentes mesures figurent en effet dans le texte du Conseil de l'Europe. Au lieu et place des codes de bonne conduite le Conseil de l'Europe parle de normes de bonne pratique.

174. La 7^{ème} conférence européenne sur le droit de la famille a d'ailleurs été organisée par le Conseil de l'Europe sur le thème de la médiation familiale internationale le 16 mars 2009 et a exploré les synergies possibles entre les organisations internationales actives en ce domaine⁵⁸⁸. La question de la formation des médiateurs y a notamment été évoquée. Le chef d'unité adjoint de la DG Justice, Liberté et Sécurité de la Commission européenne est intervenu dans le cadre de cette conférence afin de présenter la nouvelle directive comme un outil de promotion de la médiation familiale internationale⁵⁸⁹ ainsi que la représentante du Secrétariat du Parlement européen afin de présenter le bureau du médiateur du Parlement européen pour les enfants victimes d'enlèvement parental transfrontalier⁵⁹⁰.

⁵⁸⁴ Directive 2008/52/ CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de médiation en matière civile et commerciale, J.O. n° L 136 du 24 mai 2008.

⁵⁸⁵ Rapport du Secrétaire général au Comité des Ministres sur les « relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne » pour la période janvier-décembre 2001, SG/Inf (2002) 12, 28 mars 2002, point 64.

⁵⁸⁶ COM (2004) 718 final.

⁵⁸⁷ Voir point 20 du livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, COM (2002) 196 final.

⁵⁸⁸ Voir Document CONF-FL-SP (2009) 1 et CONF-FL-SP (2009) 2.

⁵⁸⁹ Voir intervention de M.O. Tell, « La nouvelle directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale comme outil de promotion de la médiation familiale internationale », Document CONF-FL-SP (2009) 15.

⁵⁹⁰ Document CONF-FL-SP (2009) 9.

En outre, le groupe de travail n° 2 du Comité d'expert du Conseil de l'Europe sur l'efficacité de la justice⁵⁹¹ a été invité à travailler en coopération avec l'Union européenne sur l'élaboration d'un programme destiné à encourager le recours à des procédures alternatives de règlement des litiges en matière civile et sur la diffusion des informations sur les lois et procédures nationales en la matière grâce à un site web du Conseil de l'Europe⁵⁹².

⁵⁹¹ Groupe de travail sur les procédures alternatives de règlement des litiges (CJ-EJ-ADR).

⁵⁹² Rapport du Secrétaire Général au Comité des Ministres sur les « relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne » pour la période janvier-décembre 2001, SG/Inf (2002) 12, 28 mars 2002, point 64.

Section 2 : La coopération jurisprudentielle des deux ordres juridiques européens supranationaux

175. C'est sans doute parce que le droit de la famille tend à régir la vie personnelle des citoyens européens que les deux juridictions européennes s'attachent à faire converger leur jurisprudence. L'homogénéité des solutions, gage de sécurité juridique, est en effet indispensable à la cohérence du droit de la famille. C'est la raison pour laquelle cette matière est particulièrement propice aux interactions entre les deux systèmes juridiques. Si parfois l'homogénéité des solutions procède d'une simple transposition par l'une des cours de principes déjà établis dans l'ordre juridique concurrent, dans d'autres hypothèses, l'harmonie jurisprudentielle résulte de la conjugaison des apports des deux ordres juridiques. En d'autres termes, les influences sont soit univoques (§1), soit réciproques⁵⁹³ (§2).

§1. Les influences univoques

176. La protection du droit au respect de la vie familiale est un exemple manifeste où la convergence de solution entre les deux cours européennes découle de l'appropriation pure et simple de la jurisprudence de la Cour EDH par la Cour de justice de l'Union européenne. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est le premier instrument européen à avoir consacré le droit au respect de la vie familiale dans son article 8. En l'absence de définition de ce droit, la Cour européenne s'est attachée à en préciser le contenu dans divers arrêts. Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne, établie depuis l'arrêt *Marckx*, ce droit fondamental implique pour les Etats membres à la fois une obligation négative les astreignant à s'abstenir de toute ingérence de nature à rompre ou à distendre les liens inhérents à l'existence d'une vie familiale et une obligation positive par laquelle ils sont tenus de prendre les mesures indispensables au maintien et au développement du lien familial⁵⁹⁴.

⁵⁹³ Selon P. Puissochet, « la lecture parallèle que les deux cours peuvent avoir du même texte conventionnel est souvent source d'enrichissement réciproque », dans *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ? Le point de vue d'un membre de la Cour de justice*, dans O. Delas, R. Côté, F. Crépeau, P. Leuprecht (dir.), *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, op. cit., pp. 53-62, spéc. p. 57.

⁵⁹⁴ Arrêt *Marckx*, §31 et arrêt *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, §32.

Le droit au respect de la vie familiale est également protégé par le droit de l'Union européenne. Ce droit figure à l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais a été antérieurement consacré par la Cour de justice de l'Union européenne à l'occasion de multiples recours en interprétation ayant trait à l'expulsion d'un membre de la famille **(A)** ou bien au regroupement familial **(B)**. Alors même que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est désormais entrée en vigueur, la Cour de justice ne déroge pas à sa pratique ancienne de renvoi à la jurisprudence de la Cour EDH pour assurer la protection du droit au respect de la vie familiale. Elle l'a fait dans une affaire ayant trait à l'enlèvement d'enfants **(C)**.

A. Droit au respect de la vie familiale et mesures d'expulsion

177. La Cour de justice de l'Union européenne s'est inspirée de la jurisprudence de la Cour EDH pour assurer le respect du droit à la vie familiale dans le cadre de la mise en cause d'une mesure d'expulsion. La Cour européenne des droits de l'homme a en effet eu à connaître d'affaires ayant trait à une mesure d'expulsion à l'occasion desquelles elle a reconnu aux Etats membres le pouvoir de contrôler le séjour et l'éloignement des non-nationaux tout en admettant que de telles mesures pouvaient porter atteinte au droit à la vie familiale⁵⁹⁵. Selon la Cour européenne, une mesure d'expulsion enfreint le droit au respect à la vie familiale si elle ne remplit pas les exigences du paragraphe 2 de l'article 8. Ainsi, elle vérifie si une telle mesure est prévue par la loi, inspirée par un ou plusieurs buts légitimes et nécessaire dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiée par un besoin social impérieux et proportionnée au but légitime poursuivi. En d'autres termes, la tâche de la Cour en la matière consiste à déterminer si la mesure d'expulsion ou le refus de renouveler l'autorisation de séjour respecte un juste équilibre entre les intérêts en présence. Pour effectuer ce contrôle de proportionnalité, elle a défini des critères pertinents tels que la gravité de l'infraction, la durée du séjour, la période écoulée depuis l'infraction, la conduite de l'intéressé durant cette période, sa situation familiale⁵⁹⁶, et bien d'autres encore.

⁵⁹⁵ Arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, 28 mai 1985, A.94 ; arrêt *Moustaquim c. Belgique*, 18 février 1991, A. 193, *R.T.D.H.* 1991. 385, obs. P. Martens ; arrêt *Beljoudi c. France*, 26 mars 1992, série A, n° 234-A, *JCP*, G, 1993, I, 3654, n° 22, chron. F. Sudre ; *R.T.D.H.* 1993. 449, note J.-Y. Carlier ; arrêt *Nasri c. France*, 13 juillet 1995. Sur la place du droit à la vie familiale dans le droit des étrangers, voir F. Toulieux, *Le droit au respect de la vie familiale des étrangers et l'article 8 de la Conv.ESDH*, thèse, Lyon, 2008.

⁵⁹⁶ Arrêt *Boultif c. Suisse*, 2 août 2001, Rec., 2001-IX.

178. L'arrêt *Carpenter*⁵⁹⁷ a été la première occasion pour la CJUE de reconnaître expressément le droit au respect de la vie familiale dans le cadre d'une mesure d'expulsion d'un conjoint. Après avoir énoncé que la décision d'expulsion de la requérante constituait une ingérence dans l'exercice de son droit au respect de sa vie familiale « au sens de l'article 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », la Cour de justice a poursuivi en affirmant que « même si la convention ne garantit comme tel aucun droit pour un étranger d'entrer ou de résider sur le territoire d'un pays déterminé, exclure une personne d'un pays où vivent ses parents proches peut constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale tel que protégé par l'article 8, paragraphe 1, de la convention. Pareille ingérence enfreint la convention si elle ne remplit pas les exigences du paragraphe 2 du même article, à savoir si elle n'est pas prévue par la loi, inspirée par un ou plusieurs buts légitimes, au regard dudit paragraphe et nécessaire, dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiée par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi », avant de renvoyer expressément à l'arrêt *Boultif*⁵⁹⁸ de la Cour européenne. Enfin, après avoir constaté la conduite irréprochable de la requérante depuis l'infraction litigieuse ainsi que l'existence d'une vie familiale effective au Royaume-Uni, la Cour de justice a décidé que la mesure d'expulsion constituait une ingérence non proportionnée au but poursuivi.

Il est manifeste, dans cet arrêt, que l'influence de la Convention européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme concerne toutes les étapes du raisonnement de la CJCE, c'est-à-dire lors de la détermination de l'existence d'un droit fondamental à la vie familiale au sein de l'ordre juridique de l'Union, lors de son interprétation et enfin lors de l'appréciation des limites portées à l'exercice de ce droit. La CJUE est ainsi attachée au respect du droit à la vie familiale tel qu'il est proclamé par la Convention européenne et tel que ses contours sont dessinés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour de justice a retranscrit dans le point 42 de sa décision les paragraphes 39, 41 et 46 de l'arrêt *Boultif*. Elle a ainsi directement transposé en droit de l'Union européenne le raisonnement adopté par la Cour européenne. Il ne s'agit pas d'un cas isolé puisqu'elle a reconduit un tel raisonnement dans les arrêts *Akrich*⁵⁹⁹, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*⁶⁰⁰ et *Orfanopoulos*⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ Arrêt *Carpenter c. Royaume Uni*, 11 juillet 2002, aff. C-60/00, Rec., I- p. 6279 : *Europe*, 2002, n° 335.

⁵⁹⁸ Arrêt *Boultif c. Suisse*, 2 août 2001, *R.T.D.H.* 2002. 483, note H. Mock.

⁵⁹⁹ Voir les points 58, 59 et 60 de l'arrêt *Akrich*, 23 septembre 2003, aff. C-109/01, JOUE C 275 du 15 novembre 2003, p. 9.

⁶⁰⁰ Arrêt du 27 avril 2006, point 109, aff. C-441/02, JOUE C 143 du 17 juin 2006, p. 2.

179. L'arrêt *Akrich* témoigne avec éloquence de la soumission de la Cour de justice à la jurisprudence de la Cour européenne pour modeler le droit au respect de la vie familiale en droit de la famille. En effet, si, dans l'arrêt *Carpenter*, la Cour de justice a pris soin d'appliquer aux faits de l'espèce les critères de contrôle de proportionnalité énoncés par la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *Akrich*, la juridiction de l'Union s'est dispensée de les mettre en œuvre. Elle s'est en effet contentée de renvoyer directement aux principes établis par la Cour européenne dans les arrêts *Boultif* et *Amrollahi*⁶⁰². Elle invite ainsi les Etats membres à s'en remettre au droit de la Convention européenne tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. Il faut donc en déduire que la protection offerte par la Cour de justice de l'Union européenne est identique à celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Le dispositif de l'arrêt évoque parfaitement cette idée. la Cour énonce « lorsqu'au moment où un ressortissant d'un premier Etat membre, marié à un ressortissant d'un pays tiers avec lequel il vit dans un second Etat membre, retourne dans l'Etat membre dont il est ressortissant afin d'y exercer un emploi salarié, son conjoint ne bénéficie pas des droits prévus à l'article 10 du règlement n°1612/68, faute d'avoir séjourné légalement sur le territoire d'un Etat membre, les autorités compétentes du premier Etat membre doivent néanmoins, pour apprécier la demande du conjoint d'entrer et de séjourner sur leur territoire, tenir compte du droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, dès lors que le mariage est authentique ».

180. Il est ainsi possible d'en déduire que la Cour de justice raisonne comme si l'article 8 de la Convention européenne et la jurisprudence de la Cour EDH qui lui est afférente était une source formelle du droit de l'Union européenne. Cela se vérifie dans de nombreux arrêts rendus en matière familiale tels que les arrêts *Carpenter*, *Baumbast* et *K. B.* La formulation de ces arrêts donne en effet l'impression que de simple source matérielle contribuant à la mise à jour de principes généraux du droit de l'Union européenne, la Convention européenne soit devenue une véritable source formelle⁶⁰³ de la légalité communautaire rendant « inutile le

⁶⁰¹ Arrêt *Georgios Orfanopoulos e.a c. Land Baden-Württemberg*, 29 avril 2004, aff. C-482/01 et C-493/01, JOUE C 118 du 30 avril 2004, p. 17, points 98 et 99, *Europe*, juin 2004, n° 2000, D. Simon, et *R.T.D.H.* 2005, pp. 651-653, Ch. Maubernard.

⁶⁰² Arrêt *Amrollahi c. Danemark* du 11 juillet 2002, § 33 à 44. Il faut noter que la Cour de justice n'hésite pas à mettre à jour la jurisprudence sur laquelle elle appuie sa décision. Ce qui dénote un suivi régulier de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par la juridiction luxembourgeoise.

⁶⁰³ Thèse défendue par F. Picod, Les sources, dans F. Sudre et H. Labayle (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, p. 147 et F. Sudre, *L'apport du droit international et*

détour par les principes généraux du droit communautaire »⁶⁰⁴. Dans ces affaires la Cour de justice se réfère directement à la Convention européenne sans allusion aux principes généraux du droit de l'Union européenne. Il en résulte que toute législation contraire à l'article 8 ou 12 de la Convention s'avère directement incompatible avec le droit de l'Union. Le dispositif de l'arrêt *K. B.* illustre ce propos. Selon la Cour de justice, « une législation, telle que celle en cause au principal, qui, en violation de la Convention européenne des droits de l'homme, empêche un couple tel que *K. B.* de remplir la condition de mariage, nécessaire pour que l'un d'entre eux puisse bénéficier d'un élément de la rémunération de l'autre, doit être considéré comme étant, en principe, incompatible avec les exigences de l'article 141 CE »⁶⁰⁵. La locution verbale « doit être considéré » met en exergue le lien inéluctable existant entre la Convention européenne et la légalité au sens de l'Union européenne.

181. Si en pratique la Cour de justice semble se soumettre à la Convention et à l'interprétation qui en est faite par la Cour européenne des droits de l'homme en s'affranchissant de la technique des principes généraux du droit⁶⁰⁶, en droit elle n'est pas encore liée par ce texte, faute d'adhésion effective de l'Union⁶⁰⁷. En effet, conformément à l'article 6 paragraphe 2 du Traité sur l'Union européenne, les droits de la Convention ne sont reçus dans l'ordre juridique de l'Union européenne qu'en tant que principes généraux du droit. L'absence de référence aux principes généraux du droit confirme la valeur particulière que la Cour de justice concède à la Conv. ESDH parmi les sources internationales d'inspiration. Si la Cour de justice puise aveuglément dans les acquis conventionnels en ce qui concerne la protection de la vie familiale, c'est bien évidemment pour combler le déficit de l'Union en la matière, mais aussi rassurer les Etats membres sur la qualité de la protection qu'elle assure du droit au respect de la vie familiale.

européen à la protection communautaire des droits fondamentaux, colloque SFDI, 1999, pp. 192-193 ; Le renforcement de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne, dans J. Rideau (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, LGDJ, 2000, pp. 218-221.

⁶⁰⁴ Expression empruntée à J.-F. Flauss, Principes généraux du droit communautaire dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles des Etats membres, dans *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées*, La Documentation française, 2000, spéc. p. 59.

⁶⁰⁵ Point 34 de l'arrêt *K. B.*

⁶⁰⁶ P. Pescatore, Les droits de l'homme et l'intégration européenne, *Cah. dr. eur.*, 1968, p. 629 ; La cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'Homme, dans *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Mélanges en l'honneur de G.J.Wiarda, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, pp. 441-455.

⁶⁰⁷ L. Dubouis, Les principes généraux du droit communautaire, un instrument périmé de protection des droits fondamentaux ? ; dans *Les mutations contemporaines du droit public*, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz, 2002, pp. 77-90, spéc. pp. 82 et 83.

Une autre explication peut être formulée. En effet, si en ce qui concerne le droit au respect de la vie familiale, les deux cours européennes semblent façonner ce droit « dans le même moule », c'est sans doute parce qu'il est un des domaines où la Cour de justice de l'Union européenne s'est détachée de la perspective économique pour « développer une interprétation au service de la protection des droits fondamentaux, en la distinguant des autres matières du droit communautaire »⁶⁰⁸. Peu dépendant de la vocation principalement économique de l'Union européenne, le droit au respect de la vie familiale ne subit pas l'adaptation de l'Union.

182. L'arrêt *Baumbast*⁶⁰⁹ est un autre exemple d'alignement pur et simple de la Cour de justice sur la jurisprudence de la Cour européenne. Dans cet arrêt, la Cour luxembourgeoise s'est prononcée sur le sort d'un parent ayant perdu le bénéfice de son droit de séjour en raison soit d'un divorce soit de la perte de la qualité de travailleur migrant et dont l'enfant bénéficie d'un droit de poursuivre sa scolarité dans l'Etat membre d'accueil conformément à l'article 12 du règlement n°1612/68. Elle a maintenu son droit de séjour à condition qu'il assure effectivement la garde de l'enfant et qu'il soit en mesure de résider avec lui pendant ses études. Elle a reconnu un tel droit après avoir procédé à l'interprétation du texte de l'Union « à la lumière de l'exigence du respect de la vie familiale prévu à l'article 8 de la CEDH »⁶¹⁰. Même si la Cour de justice ne la fait pas apparaître explicitement, elle a appliqué une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme : celle du droit pour l'enfant de vivre avec ses parents⁶¹¹. En effet, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans ses arrêts *W. c. Royaume-Uni*⁶¹², *Eriksson*⁶¹³ et *Olsson c. Suède*, « pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale »⁶¹⁴. La Cour de justice a ainsi appliqué un principe conventionnel afin d'appuyer l'interprétation extensive du règlement n°1612/68 et ainsi étendre le champ des bénéficiaires de la liberté de circulation. Aussi, dans cet arrêt, le juge luxembourgeois ne se contente plus seulement de combler le vide « communautaire », il entend également conforter son interprétation du droit de l'Union. Cette tendance est

⁶⁰⁸ R. Tinière, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., spéc. p.114.

⁶⁰⁹ Arrêt *Baumbast et R. c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-413/99, Rec. I-7091, *Europe*, novembre 2002, n°369, Y. Gautier et, *R.T.D.H.* 2003, pp. 875-876, Ch. Maubernard.

⁶¹⁰ Point 72 de l'arrêt *Baumbast*.

⁶¹¹ Point 73 de l'arrêt *Baumbast*.

⁶¹² Arrêt *W.c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, § 59, A.120 et 121.

⁶¹³ arrêt *Eriksson c. Suède*, 22 juin 1989, A. 156.

⁶¹⁴ arrêt *Olsson c. Suède*, 24 mars 1988, § 59, A. 130, *J.D.I.*, 1989, 789, obs. P. Tavernier ; *Rev. sc. crim.* 1988, 573, obs. L.-E. Pettiti.

manifeste en ce qui concerne la protection du droit au respect de la vie familiale dans le cadre du regroupement familial.

B. Droit au respect de la vie familiale et regroupement familial

183. Il est des hypothèses où l'hospitalité jurisprudentielle de la Cour de justice de l'Union européenne n'a plus seulement une fonction supplétive, mais confortative. En effet, la CJUE s'attache parfois à souligner la conformité de son interprétation du droit de l'Union au droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dans le souci de la rendre « acceptable ». Selon les propos de M. Koen Lenaertz, alors juge à la Cour de justice des Communautés européennes, « la Cour regarde en direction de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par un souci de préserver l'acceptabilité de sa jurisprudence »⁶¹⁵.

184. L'arrêt *Metock*⁶¹⁶ en est une parfaite illustration. La juridiction luxembourgeoise s'est attachée à rappeler à tous les Etats membres que l'article 8 de la Convention européenne consacre le droit au respect de la vie familiale juste avant de conclure que la directive 2004/38 s'oppose à la réglementation d'un Etat membre qui exige du ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un citoyen de l'Union séjournant dans cet Etat membre dont il n'a pas la nationalité, d'avoir au préalable séjourné légalement dans un autre Etat membre avant son arrivée dans l'Etat membre d'accueil pour bénéficier de cette directive.

La Cour de justice a mis un point d'honneur à s'appuyer sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme pour justifier l'interprétation restrictive d'une exception au droit des migrants de faire suivre dans le pays d'accueil les membres de leur famille. Elle fait cette référence alors même qu'elle avait au préalable développé des arguments téléologiques plaidant en faveur d'une telle interprétation. Cela illustre bien l'idée que le renvoi au droit de la Convention européenne constitue pour la Cour de justice un argument confortatif permettant d'appuyer sa propre interprétation du droit de l'Union européenne parce qu'elle est conforme à la Convention européenne. Le moment choisi par la Cour de justice pour citer la Convention est ici stratégique. C'est sans doute parce que l'interprétation

⁶¹⁵ K. Lenaerts, table ronde, dans *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 2007, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, n° 9, pp. 121-130, spéc. p. 125.

⁶¹⁶ Arrêt *Metock e.a. c. Minister of Justice, Equality and Law Reform*, 25 juillet 2008, aff. C-127/08, JOUE C 236 du 13 septembre 2008, p. 4.

de la Cour de justice touche au droit de l'immigration, c'est-à-dire à une question relevant de la compétence propre des Etats membres, qu'elle a tenu à rappeler sa conformité à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Par cette manœuvre stratégique, elle entend légitimer son interprétation du droit de l'Union européenne⁶¹⁷. L'inclusion de la Convention européenne des droits de l'homme dans son argumentation permet de créer un lien de confiance avec les juridictions nationales⁶¹⁸.

185. Le même constat s'impose en ce qui concerne l'arrêt *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*⁶¹⁹. Dans cette affaire, la Cour de justice est saisie d'un recours en annulation de l'article 4 § 1 dernier alinéa ainsi que de l'article 8 de la directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial⁶²⁰. Ce texte fixe les conditions dans lesquelles est exercé le droit au regroupement familial dont disposent les ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire des Etats membres. La CJCE emprunte à nouveau les principes établis par la Cour européenne des droits de l'homme puisqu'elle refuse de déduire du droit au respect de la vie familiale un droit fondamental au regroupement familial. La Cour européenne et la Cour de justice s'accordent à dire que les Etats membres disposent en la matière d'une marge d'appréciation pour limiter l'entrée de non nationaux sur leur territoire. Pour contrôler le juste équilibre entre le droit à la vie familiale et les motifs d'ordre public, la Cour de justice s'approprie les critères retenus par la Cour européenne des droits de l'homme⁶²¹. Elle cite en effet expressément l'arrêt *Sen c. Pays-Bas*⁶²², l'arrêt *Gül c. Suisse*⁶²³ ainsi que l'arrêt *Ahmut c. Pays-Bas*⁶²⁴ pour énoncer les principes applicables en matière de regroupement familial pour contrôler le juste équilibre entre les intérêts du

⁶¹⁷ F. Picod, Le juge communautaire et l'interprétation européenne, dans G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., spéc. p. 313. Voir également J. Allard, Le dialogue des juges dans la mondialisation, dans *Le dialogue des juges*, Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice, n° 9, pp. 77-91, spéc. pp. 80-81.

⁶¹⁸ L. Scheeck exprime parfaitement cette idée lorsqu'il déclare : « l'incorporation par la CJCE de normes familiales et auxquelles les Etats ont souscrit dans les décisions préjudicielles a facilité le dialogue avec les juges nationaux. Ceux-ci sont plus enclins à alimenter la CJCE en demandes préjudicielles dès lors qu'ils savent que la CJCE parle le même langage des droits de l'homme que les institutions judiciaires nationales », dans *Les cours européennes et l'intégration par les droits de l'homme*, thèse, Institut d'Etudes Politiques de Paris, 2006, spéc. p. 272.

⁶¹⁹ Arrêt du 27 juin 2006, aff. C-540/03, JOUE C 190 du 12 août 2006, p. 1.

⁶²⁰ Pourtant un arrêt de la CJCE en date du 18 mai 1989 affirmait que le droit au regroupement familial est un « droit fondamental » reconnu par le droit communautaire. Aff. 249/86, Rec., p. 1263.

⁶²¹ Voir les points 52 et suivants de l'arrêt *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*.

⁶²² Arrêt du 21 décembre 2001, § 31, *A.J.D.A.*, 2001, 1072, chron. J.-F. Flauss.

⁶²³ Arrêt du 19 février 1996, § 38.

⁶²⁴ Arrêt du 28 novembre 1996, § 67, *R.U.D.H.* 1997. 26, chron. M. Levinet.

requérant et ceux de la société⁶²⁵. Après avoir procédé à une comparaison des critères mis en œuvre dans la directive avec ceux consacrés par la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice a conclu au respect du droit à la vie familiale. Elle a en effet considéré que l'article 4 § 1 dernier alinéa de la directive maintient dans le chef des Etats membres une marge d'appréciation limitée qui n'est pas différente de celle qui leur est reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme⁶²⁶.

Dans cet arrêt, la Cour de justice insiste sur la conformité de la directive au droit de la Convention européenne afin de légitimer la limite portée à la marge d'appréciation des Etats membres. En effet, en affirmant que la directive assure le respect effectif du droit à la vie familiale en favorisant le regroupement familial, la Cour de justice s'attache à rendre acceptable l'atteinte portée au pouvoir des Etats membres de limiter les entrées dans leur territoire. Le juge luxembourgeois instrumentalise ainsi le droit de la Convention afin de conforter son interprétation du droit au respect de la vie familiale appliquée au regroupement familial. Sous couvert de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de justice entend justifier le caractère plus accueillant de l'Union européenne.

Ainsi, l'ouverture de la Cour de justice au système de protection des droits de l'homme du Conseil de l'Europe a une vocation légitimante. Ayant consacré la protection des droits fondamentaux afin de vaincre l'hostilité des cours constitutionnelles nationales, la Cour de justice de l'Union européenne s'attache à rassurer ses Etats membres, également parties à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, sur la qualité de sa protection par l'emprunt aux dispositions de la Conv. ESDH et aux interprétations européennes y afférentes. En d'autres termes, la CJUE s'applique à ne pas bouleverser les acquis conventionnels afin d'asseoir son autorité auprès des Etats membres et des citoyens européens en qualité de garant des droits fondamentaux. Elle s'appuie sur l'interprétation européenne de la Convention afin de «jouir de la confiance des ordres juridiques nationaux »⁶²⁷.

⁶²⁵ Point 54 de l'arrêt Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne

⁶²⁶ Voir points 62 à 65.

⁶²⁷ K. Lenaerts, table ronde, dans *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 2007, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, n°9, pp. 121-130, spéc.p.125.

C. Droit au respect de la vie familiale et enlèvement d'enfants

186. Dans l'arrêt *J. McB* du 5 octobre 2010⁶²⁸, la Cour de justice de l'Union européenne était interrogée sur la conformité au droit au respect de la vie familiale d'une législation soumettant le droit de garde du père naturel à une décision judiciaire et l'empêchant dès lors de bénéficier des dispositions internationales et européennes relatives au déplacement illicite d'enfants. La CJUE a conclu à la conformité de la législation nationale à l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Pour aboutir à cette conclusion, la Cour de justice a procédé à une interprétation du droit au respect de la vie familiale conforme à celle adoptée par la Cour EDH.

Après avoir constaté que le libellé de l'article 8 de la Conv. ESDH était quasiment identique à celui de l'article 7 de la Charte, la CJUE a rappelé qu'elle se devait de donner à ce texte le même sens et la même portée que ceux de l'article 8 de la Conv. ESDH, tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour EDH⁶²⁹. Elle a ensuite relevé que la Cour EDH avait déjà été saisie d'une question similaire et avait décidé qu'une législation nationale accordant de plein droit l'autorité parentale sur un enfant né hors mariage exclusivement à la mère ne violait pas le droit au respect de la vie familiale dans la mesure où la législation permettait au père de saisir le juge en vue de modifier l'attribution de l'autorité parentale. En outre, La CJUE, se référant à l'arrêt *Zaunegger* de la Cour EDH, a également précisé que la violation de l'article 8 de la Conv. ESDH se limitait aux hypothèses où l'attribution du droit de garde demeure soumis à l'accord préalable de la mère⁶³⁰. En décidant finalement que l'absence d'attribution automatique du droit de garde au père n'affectait pas le contenu de son droit à la vie privée et familiale dès lors qu'il pouvait s'adresser à une juridiction nationale pour l'obtenir, la CJUE a fait sienne la jurisprudence de la Cour EDH⁶³¹. Cette décision permet donc de dissiper les craintes liées aux risques de divergences entre les deux systèmes européens de protection des droits de l'Homme et permet de vérifier l'engagement de la CJUE en faveur de l'adhésion de l'Union européenne à la Conv. ESDH.

⁶²⁸ CJUE, 5 oct. 2010, aff. C-400/10 PPU, *J. McB c. L.E.*, arrêt précité.

⁶²⁹ Voir §55 de l'arrêt *J. McB*.

⁶³⁰ Voir § 54 et 56 de l'arrêt *J. McB*.

⁶³¹ Voir § 57 de l'arrêt *J. McB*.

§2. Les influences réciproques

187. Si la convergence des solutions des deux cours européennes en ce qui concerne le droit au respect de la vie familiale procède de l'influence d'un ordre juridique sur l'autre, dans d'autres hypothèses l'évolution homogène des jurisprudences européennes en droit de la famille découle de la compénétration des deux systèmes juridiques européens. Il est trois domaines où la jurisprudence des cours européennes a évolué dans un sens similaire en raison d'influences croisées exercées entre les deux systèmes juridiques: il s'agit de la reconnaissance du droit au nom (A), de la question du mariage transsexuel (B) et de l'égalité des couples (C).

A. La reconnaissance du droit au nom

188. La Cour de justice s'est reconnue compétente, dans l'arrêt *Christos Konstantinidis*⁶³², pour protéger l'intégrité du nom de famille⁶³³. Dans cette affaire, le requérant grec, exerçant sa profession indépendante en Allemagne, reprochait aux services allemands de l'état civil d'avoir opéré une transcription latine de son nom grec aboutissant à en déformer, et même dénaturer la prononciation. La Cour de justice, saisie d'un recours préjudiciel, décide que la transcription du nom de M. Konstantinidis constitue une entrave non justifiée à la liberté d'établissement reconnue par le traité de Rome. Elle a procédé à une telle protection alors même que la Convention européenne des droits de l'homme ni même la Cour européenne ne reconnaissaient un tel droit. Les conclusions de l'avocat général M. F. Jacobs, rendues sur cette affaire, faisaient remarquer l'absence « surprenante » de ce droit dans la Convention européenne des droits de l'homme avant d'aboutir à la conclusion que « le droit d'une personne à son nom » constitue un droit fondamental de la personne⁶³⁴.

Il ne faut néanmoins pas exclure une certaine influence de la jurisprudence de la Cour EDH. La référence aux exigences de la liberté d'établissement de l'article 52 du Traité CEE pour admettre la protection de l'intégrité du nom de famille⁶³⁵ n'est sans doute pas anodine puisque la protection d'un élément de la vie privée dans le cadre de l'activité professionnelle

⁶³² Arrêt *Christos Konstantinidis c. Stadt Altensteig e.a.*, 30 mars 1993, aff. C-168/91, Rec., p. I-1191.

⁶³³ J.-Fr. Flauss, La protection de l'intégrité du nom par le droit communautaire, *R.T.D.H.* 1994, pp. 445-469, spéc. p. 444.

⁶³⁴ Conclusions du 16 décembre 1992, point 51.

⁶³⁵ O. de Schutter, *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes*, CRIDHO Working Paper 2005/07, Consultable sur : <http://cridho.cpdr.ucl.ac.be/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2005.07.pdf>, spéc. p. 23.

avait été déjà retenue par la Cour EDH dans son arrêt *Niemietz*. Dans cette affaire, la juridiction strasbourgeoise avait notamment affirmé, « que le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de vie privée comme excluant les activités professionnelles ou commerciales »⁶³⁶. Le rapprochement des deux décisions est d'autant plus opportune que la Cour EDH avait évoqué, à l'appui de sa solution, la difficulté pour les tiers de dissocier ce qui relève ou non du domaine professionnel⁶³⁷. Or, la CJCE semble avoir repris à son compte cette argumentation en justifiant sa décision par le fait que la différence de graphie du nom personnel et du nom professionnel du requérant l'expose à « un risque de confusion de personnes auprès de sa clientèle potentielle »⁶³⁸.

189. A peine un an plus tard, la Cour européenne considère que le nom de la personne constitue un élément de sa vie privée qui doit faire l'objet d'une protection sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁶³⁹. Sans nul doute, la jurisprudence de la juridiction luxembourgeoise a influencé celle de la Cour strasbourgeoise⁶⁴⁰. A défaut d'être explicite cette influence peut être devinée. La formulation de l'arrêt *Burghartz* permet de relever un indice laissant supposer que la Cour européenne des droits de l'homme a acquiescé à la solution du juge de l'Union européenne. Dans son paragraphe 24 la Cour précise qu'« en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci. Que l'Etat et la société aient intérêt à en réglementer l'usage n'y met pas obstacle, car ces aspects de droit public se concilient avec la vie privée conçue comme englobant, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel ou commercial ». Cette citation rappelle la formulation employée par la Cour EDH dans l'arrêt *Niemietz*⁶⁴¹ et semble donc inscrire l'arrêt *Burghartz* dans le prolongement de cette jurisprudence.

⁶³⁶ Cour EDH, *arrêt Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29 : *AFDI*, 1992, p. 629, obs. V. Coussirat-Coustère ; *R.T.D.H.* 1993, p. 410, chron. P. Lambert et F. Rigaux, *GACEDH*, p. 483.

⁶³⁷ Voir § 29 de l'arrêt *Niemietz*.

⁶³⁸ Voir § 16 de l'arrêt *Konstantinidis*.

⁶³⁹ Arrêt *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, série A, n°280-B, §24 : *JCP. G.* 1995. I. 3823, n° 31, chron. F. Sudre ; *R.T.D.H.* 1995. 53, note P. Georjin.

⁶⁴⁰ D. Simon, Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : je t'aime, moi non plus ?, art. préc., spéc. p. 44.

⁶⁴¹ §29 de l'arrêt *Niemietz* précité.

Néanmoins, pour justifier l'application de l'article 8 de la Conv. ESDH, elle ajoute qu'« en l'occurrence, la conservation, par le requérant, du nom de famille sous lequel, d'après ses dires, il s'est fait connaître des milieux académiques peut influencer sa carrière de manière non négligeable ». Il est manifeste que la Cour européenne des droits de l'homme s'est placée sur le même plan que la CJCE pour admettre la protection du droit au nom, à savoir celui du préjudice que peut occasionner un changement de nom d'un point de vue professionnel. En effet, la Cour européenne fait état du risque que peut occasionner un changement de nom sur la carrière du requérant alors même que ce dernier n'a pas véritablement fait état d'un quelconque désagrément en la matière. Ce point a notamment été soulevé dans l'opinion dissidente de M. le juge Thor Vilhjalmsson lorsqu'il énonce que « les dispositions de droit interne contestées en l'espèce n'ont pas causé aux requérants un préjudice assez grave pour tomber sous l'empire de la protection internationale des droits de l'homme ».

190. La Cour de justice de l'Union européenne, toujours soucieuse de rassurer les Etats membres sur la qualité de sa protection des droits fondamentaux, intègre désormais la jurisprudence de la Cour EDH dans ses arrêts relatifs au droit au nom. Les arrêts *Sayn-Wittgenstein*⁶⁴² et *Malgožata Runevič-Vardyn*⁶⁴³ en témoignent. Dans ces affaires, la Cour de justice rappelle à titre liminaire que « le nom d'une personne est un élément constitutif de son identité et de sa vie privée dont la protection est consacrée par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, ainsi que l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Puis elle relève, conformément à la jurisprudence constante de la Cour EDH⁶⁴⁴, que « même si l'article 8 de cette Convention ne le mentionne pas explicitement, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille »⁶⁴⁵.

191. Les développements qui précèdent permettent ainsi d'affirmer que chacune des cours européennes a repris à son compte une avancée consacrée par l'autre cour. Il s'agit

⁶⁴² CJUE, 2^e ch., 22 déc. 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, précité.

⁶⁴³ CJUE, 2^e ch., 12 mai 2011, aff. C-391/09, *Malgožata Runevič-Vardyn, tukasz Pawel Wardyn*, précité.

⁶⁴⁴ La CJUE se réfère expressément aux arrêts *Burghartz* et *Stjerna* de la Cour EDH.

⁶⁴⁵ Voir § 52 de l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* et § 66 de l'arrêt *Malgožata Runevič-Vardyn, tukasz Pawel Wardyn*.

d'« emprunts non avoués »⁶⁴⁶ que seule une lecture particulièrement soignée des arrêts permet de déceler.

B. Le mariage transsexuel

192. La question du mariage transsexuel « témoigne avec force du syncrétisme juridique horizontal entre les deux cours européennes »⁶⁴⁷. Si dans un premier temps les deux cours se sont accordées pour refuser le mariage transsexuel (1), elles ont par la suite opéré un revirement commun induit par l'exercice d'influences réciproques entre les deux systèmes juridiques européens (2).

1. Le rejet initial du mariage transsexuel

193. C'est la Cour européenne des droits de l'homme qui, la première, a refusé d'admettre le mariage transsexuel dans ses arrêts *Rees*⁶⁴⁸, *Cossey*⁶⁴⁹, *Sheffield et Horsham*⁶⁵⁰. Elle jugeait que l'impossibilité pour les requérants transsexuels d'épouser une personne du sexe opposé à leur nouveau sexe ne violait pas l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Elle estimait que le libellé du texte supposait de prendre en compte le sexe biologique, c'est-à-dire chromosomique. Les juges strasbourgeois considéraient en effet que les deux composantes de l'article 12⁶⁵¹ étaient indissociables. Corrélativement, ils estimaient que le but du mariage impliquait nécessairement la fondation d'une famille. En conséquence, seul le mariage traditionnel, à savoir l'union entre deux personnes de sexe biologique différent, était admis puisque dans le cas inverse la formation naturelle d'une famille était impossible.

194. La Cour de justice des Communautés européennes saisie plus tardivement de cas similaires, s'est expressément alignée en tout point sur la jurisprudence de la Cour européenne dans ses arrêts *P. c. S. et Cornwall County Council*⁶⁵², *Grant*⁶⁵³, *D. et Royaume de Suède*⁶⁵⁴

⁶⁴⁶ B. Frydman, Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle, conclusion, dans *Le dialogue des juges*, op. cit., pp. 147-166, spéc. p. 153.

⁶⁴⁷ Expression empruntée à L. Burgorgue-Larsen, Chronique de jurisprudence européenne comparée (2002), *RDP*, 2003, p. 974.

⁶⁴⁸ Arrêt *Rees c. Royaume-Uni*, 10 octobre 1986, A.106, *J.D.I.*, 1987, 796, chron. P. Rolland.

⁶⁴⁹ Arrêt *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, A. 184.

⁶⁵⁰ Arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, *R.T.D.H.*, 1999, 646, note M. Levinet.

⁶⁵¹ L'article 12 est ainsi rédigé : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. »

⁶⁵² Arrêt du 30 avril 1996, Point 16, aff. C-13/94, Rec., I-2143, *R.A.E.* 1996, 171, chron. F. Picod ; *Europe*, juin 1996, n° 238, D. Simon.

en reprenant à son compte la définition européenne du transsexualisme et du mariage. Cette solution n'est plus d'actualité. Les deux cours européennes ont effectivement fait évoluer leur jurisprudence.

2. L'admission circonstanciée du mariage transsexuel

195. La Cour européenne des droits de l'homme a consacré le droit au mariage des transsexuels dans ses arrêts *Goodwin et I. Contre Royaume-Uni*⁶⁵⁵. Elle a opéré ce revirement après avoir évalué quelles étaient l'interprétation et l'application de la Convention qui s'imposaient au jour où elle a statué⁶⁵⁶. Si la Cour européenne des droits de l'homme a abandonné sa conception initiale, il semble que ce soit à la lumière du droit de l'Union européenne et plus particulièrement de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée à Nice le 6 décembre 2001, soit quelques mois avant le changement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La juridiction strasbourgeoise s'est en effet expressément référée à la Charte pour justifier l'évolution de sa conception du mariage⁶⁵⁷. Si la Cour fait également état d'une évolution de la société, de la médecine et de la science en faveur d'une meilleure prise en compte des besoins des transsexuels, l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne demeure néanmoins le seul élément innovant par rapport aux affaires précédentes. Il est donc possible d'affirmer que cette disposition a joué un rôle persuasif et confortatif dans le renversement d'opinion de la Cour.

Le libellé du texte a en effet suggéré à la Cour européenne de reconsidérer sa définition du mariage. L'article 9 de la Charte exclut toute référence à l'homme et la femme et surtout détache le droit au mariage de la fondation d'une famille. Ce dernier élément a été pris en compte par la Cour européenne dans les paragraphes 98 et 100 des deux arrêts. Elle admet en effet, d'une part, que la capacité à procréer ou élever un enfant n'est pas une condition d'accès au droit au mariage et, d'autre part, que le sexe ne doit plus seulement être déterminé à partir de critères purement biologiques. La juridiction strasbourgeoise a ainsi

⁶⁵³ Arrêt *Lisa Jacqueline Grant*, 17 février 1998, point 34, aff. C-249/96, Rec.I-621, *Europe*, avril 1998, n°123, F. Berrod et, *R.T.D.H.* 1999, pp. 511-513, H. Surrel.

⁶⁵⁴ Arrêt *D. et Royaume de Suède c. Conseil de l'Union européenne*, 31 mai 2001, point 34, aff. J.T.es C-122/99 P et C-125/99 P, Rec. I-4319, *Europe*, 2001, n° 213, comm. D. Simon, et *R.T.D.H.* 2002, pp. 663-664, Ch. Maubernard.

⁶⁵⁵ Arrêts du 11 juillet 2002, *RTDciv.*, 2002, 862, chron. J.-P. Marguénaud ; *Dr.fam.*, 2002, Comm., n° 133, obs. A. Gouttenoire-Cornut ; *D.*, 2003, 2032, note A.-S. Chavent-Léclère.

⁶⁵⁶ Voir § 75 des arrêts *Goodwin et I. c. Royaume-Uni*.

⁶⁵⁷ Voir § 100.

procédé à une lecture « pro-communautaire »⁶⁵⁸ de l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁶⁵⁹. La Cour européenne tolérant désormais une définition du sexe à partir de critères psychologiques a par voie de conséquence reconnu le droit pour les personnes transsexuelles de changer juridiquement de sexe. Ce droit une fois reconnu, la Cour EDH a fort logiquement admis le mariage des personnes transsexuelles avec une personne appartenant au sexe opposé à celui qui a été juridiquement reconnu. Si la Cour EDH maintient l'altérité des sexes comme condition du mariage, elle n'a pas maintenu celle ayant trait à la procréation.

196. L'influence de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur l'interprétation de la Cour européenne, alors même qu'elle n'avait pas encore force obligatoire, n'est pas surprenante. Le recours aux textes non contraignants, telles les recommandations ou résolutions, en vue de conforter une interprétation de la Convention européenne est une pratique courante chez les juges strasbourgeois. La Cour européenne estime que ces textes ont leur importance dans la mesure où, adoptés par l'ensemble des Etats membres, ils reflètent un certain consensus européen sur le sujet dont ils traitent. Aussi, parce que la Charte constituait une manifestation de volonté consciente et délibérée des Etats membres de l'Union et donc de la Convention européenne, elle devait être regardée comme faisant état des positions nationales sur la portée du droit au mariage⁶⁶⁰. Le droit de l'Union a ainsi inspiré l'interprétation évolutive de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce qui dénote à nouveau la complémentarité des deux systèmes juridiques européens en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux de la famille.

197. De son côté, la Cour de justice des Communautés européennes a opéré le même revirement dans son arrêt *K. B.* du 7 janvier 2004⁶⁶¹. Etonnamment, elle ne l'a pas fait sur le fondement de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, auquel elle ne fait d'ailleurs aucunement référence. La juridiction luxembourgeoise a en effet statué

⁶⁵⁸ V. Michel, Convention européenne des droits de l'homme et Charte des droits fondamentaux de l'Union : entre mythe ancien et comte moderne, *LPA*, n° 125, 24 juin 2003, pp. 8-20, spéc. p. 13.

⁶⁵⁹ P. Wachsmann et A. Marienburg Wachsmann, La folie dans la loi, considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme, *R.T.D.H.* 2003, pp. 1157-1183.

⁶⁶⁰ Voir dans ce sens V. Michel, Convention européenne des droits de l'homme et Charte des droits fondamentaux de l'Union : entre mythe ancien et comte moderne, art. préc., spéc. p. 15.

⁶⁶¹ Arrêt *K.B. c. National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, aff. C-117/01, Rec. I-541, *Europe*, mars 2004, n° 75, L. Idot ; *L'Europe des libertés*, août 2004, pp. 48-49, J.-P. Jacqué ; *D.* 2004. 979, note Ph. Icard.

en faveur du mariage transsexuel afin de permettre aux couples transsexuels de bénéficier du même statut social que les couples hétérosexuels. Pour statuer de la sorte, la Cour de justice s'est directement appuyée sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁶² sans même avoir été invitée à le faire par le requérant, lequel, il faut le souligner, s'était placé sur le terrain de la discrimination fondée sur le sexe pour contester la législation anglaise. Elle a fait sienne la jurisprudence novatrice de la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁶³. Cela témoigne une nouvelle fois de la considération particulière que la Cour luxembourgeoise accorde à la jurisprudence de son homologue strasbourgeoise ainsi que la propension de la Cour de justice à s'aligner sur le droit de la Convention en ce qui concerne les droits fondamentaux de la famille⁶⁶⁴. Le recours privilégié à la source européenne plutôt qu'à la source communautaire s'explique sans doute par la volonté de la Cour de justice de ne pas heurter la sensibilité des Etats membres qui, à l'origine, s'étaient abstenus de donner toute force contraignante à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ainsi, subrepticement, la Cour de justice faisait produire tous ses effets à l'article 9 de la Charte par l'application de la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme.

198. Si le droit de l'Union européenne tire profit de l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme, l'inverse se vérifie également. En effet, les arrêts de la juridiction luxembourgeoise disposant d'une force exécutoire supérieure, ceux-ci renforcent l'autorité des décisions de la Cour européenne lorsqu'ils en font l'application. Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ont une autorité de la chose jugée relative c'est-à-dire qu'ils n'ont de valeur contraignante qu'à l'encontre de l'Etat condamné. Tandis que les arrêts préjudiciels de la Cour de justice lient tant le juge de renvoi que toutes les autres juridictions nationales. On parle alors d'effet *ex tunc* des arrêts préjudiciels de la CJUE. Cette dernière tient cette autorité de la primauté et de l'effet direct du droit de l'Union européenne. Selon M. J.-C. Bonichot, « la Convention (...) appliquée par la Cour de justice bénéficie automatiquement de l'autorité du droit communautaire. (...) Elle trouve ainsi une force que ses mécanismes propres ne lui donn(ent) pas »⁶⁶⁵. De même, pour Mme C. Soriano, le

⁶⁶² Voir points 33 à 36 de l'arrêt *K. B.*

⁶⁶³ V. Martenet, *CJCE et Cour EDH : unité de vues sur une question délicate relative aux personnes transsexuelles*, www.unige.ch/ceje, actualité, n° 83, 22 mars 2004.

⁶⁶⁴ F. Lyn, P. Romuald, J.-B. Walter, *Transsexualisme et droit européen*, dans O. Dubos et J.-P. Marguénaud (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, A. Pédone, 2007, pp. 55-67, spéc. p. 63.

⁶⁶⁵ Propos formulés dans L'application de la Convention européenne des droits de l'homme par les juridictions nationales par l'intermédiaire de la Cour de justice des Communautés européennes, *R.U.D.H.* 1991, p.320.

mécanisme du renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne contribue à la bonne application du droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁶⁶⁶. En effet, lorsque la CJUE interprète le droit de l'Union européenne à la lumière de la Convention européenne telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme, elle donne en quelque sorte force contraignante à la jurisprudence européenne d'appui⁶⁶⁷. Le Président de la Cour européenne des droits de l'homme partage ce point de vue lorsqu'il fait observer, à l'occasion de son intervention du 7 octobre 2008 devant le King's College de Londres, que le poids politique de l'Union européenne est le bienvenue en terme de protection des droits fondamentaux⁶⁶⁸. Ainsi, la double protection juridictionnelle des droits fondamentaux contribue au renforcement mutuel de l'autorité des arrêts des deux juges européens et corrélativement la protection des droits familiaux des individus s'en trouve privilégiée.

C. L'égalité des couples

199. Les deux juridictions européennes supranationales appréhendent la question de l'égalité des couples à travers celle de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. L'article 14 de la Conv. ESDH vise un certain nombre de domaines concernés par le principe de non-discrimination. Il prohibe notamment toute discrimination fondée sur le sexe, mais demeure muet sur la question de l'orientation sexuelle. Néanmoins, la formulation du texte

⁶⁶⁶ Pour un exemple concret voir le contentieux anglais des minorités sexuelles, et plus particulièrement l'affaire *A. v. Chief Constable of West Yorkshire Police* analysée par J. Cavallini dans la Chronique de jurisprudence européenne comparée dirigée par L. Burgogue Larsen, *RDP*, 2005, pp. 1154-1159. Dans cette affaire la Chambre des Lords a considéré qu'il lui était impossible d'appliquer la solution dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Goodwin* étant donné que l'Human Rights Act de 1998, introduisant en droit anglais la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme n'était pas en vigueur au moment de l'adoption de la décision à l'origine du litige. Cependant, l'affaire portant sur une discrimination à l'embauche liée à la conversion sexuelle du requérant, le droit communautaire était applicable. Du fait de la primauté du droit communautaire et de l'effet *ex tunc* des arrêts préjudiciels de la Cour de justice, la Chambre des Lords s'est fondée sur l'arrêt *K.B.* pour juger la décision litigieuse contraire au droit communautaire et indirectement au droit de la Convention européenne.

⁶⁶⁷ Idée développée dans Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l'Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE, *R.T.D.H.* 2005, pp.934-935. Voir également P.-M. Mabaka, L'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique britannique, *R.T.D.H.* 2000, pp. 11-42, spéc. p. 23.

⁶⁶⁸ Intervention à l'occasion de la conférence devant le King's College de Londres, « The Relationship between the European Convention on Human Rights and European Union Law-A jurisprudential Dialogue between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice », http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DA4C4A2E-0CBE-482A-A205-9EA0AA6E31F6/0/2008_Londres_King_s_College_7_10.pdf

Il a notamment déclaré: « I must even say that, politically, the weight of the European Union would be most welcome, at a time when our Court faces many difficulties, mainly due to its huge workload. ».

laisse supposer que la liste des discriminations n'est pas exhaustive⁶⁶⁹. Il est ainsi de la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme de déterminer le champ des discriminations relevant de l'article 14 de la Convention européenne. Pour la première fois, dans une requête concernant directement la vie familiale, la Cour européenne a considéré dans l'arrêt *Salgueiro* qu'il y avait discrimination basée sur l'orientation sexuelle dans l'attribution de l'autorité parentale à la mère au détriment du père dès lors qu'elle était motivée par l'homosexualité de ce dernier⁶⁷⁰. La Cour y affirme que la notion d'orientation sexuelle « est couverte à ne pas en douter par l'article 14 de la Convention ». Il faut noter que jusqu'à cette date, la Commission européenne des droits de l'homme avait décidé que des dispositions nationales assurant, à des fins de protection de la famille, un traitement plus favorable aux couples hétérosexuels qu'aux couples de même sexe n'étaient pas contraires à l'article 14 de la Convention⁶⁷¹.

200. De son côté, la Cour de justice de l'Union européenne a été saisie de la question pour la première fois dans l'arrêt *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd.*⁶⁷². Dans cette affaire, la Cour de justice alors saisie d'une question préjudicielle refuse d'étendre la portée de l'article 119 du Traité CE aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. La requérante invoquait le pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 tel qu'interprété par le Comité des droits de l'homme. Après avoir rappelé que ledit pacte figurait parmi les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme dont elle tient compte pour l'application des principes généraux du droit de l'Union européenne, la Cour ne retient pas l'interprétation extensive du Comité des droits de l'homme au motif, d'une part, qu'elle est dépourvue de toute valeur juridique contraignante et que, d'autre part, elle ne reflète pas la conception retenue par les différents instruments internationaux de protection des droits fondamentaux⁶⁷³. La Cour de justice demeure

⁶⁶⁹ L'article 14 de la Convention européenne est ainsi formulé : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue [...]. ». L'adverbe notamment témoigne du caractère indicatif de l'article 14. Voir arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 72.

⁶⁷⁰ Arrêt *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21 décembre 1999, *R.T.D. civ.*, 2000, 433, chron. J.-P. Marguénaud.

⁶⁷¹ Décision *S./ Royaume-Uni*, 14 mai 1986, n° 11716, D R 47, p. 274, § 7 ; Décision *C. et L.M./ Royaume-Uni*, 9 octobre 1989, n° 14753, § 2 ; Décision *B. / Royaume-Uni*, 10 février 1990, n° 16106, D R 64, p. 278, §2.

⁶⁷² CJCE, arrêt du 17 février 1998, aff. C-249/96, Rec., p.I-636 : *Europe*, 1998, comm. n° 123, pp. 13-14 et n° 132, p. 16, F. Berrod ; *J.T.*, dr. eur., 1998, pp. 110-113, A. Weyembergh ; *R.J.S.* 1998, pp. 506-507 ; *Dr. soc.* 1998, pp. 1034-1039 ; *D.* 1998, somm., pp. 372-374, J. Rideau ; *R.M.C.U.E.* 1998, n° 2, pp. 254-257, P. Cabral ; *Rev. hellénique de dr. inter.*, 1998, pp. 605-609.

⁶⁷³ Voir points 43 à 47 de l'arrêt *Grant*.

silencieuse sur les sources visées. Cependant, il doit certainement s'agir de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁶⁷⁴. Il suffit de situer cet arrêt dans la chronologie jurisprudentielle des deux cours pour s'en rendre compte. En effet, au jour où la Cour de justice a statué, la Cour européenne des droits de l'homme n'avait pas encore eu l'occasion de se prononcer sur l'extension du champ d'application de l'article 14 de la Convention européenne aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, puisqu'elle l'a fait pour la première fois dans l'arrêt *Salgueiro* en date du 21 décembre 1999⁶⁷⁵. En outre, la Cour de justice n'a pas manqué de citer, à l'appui de sa décision, la jurisprudence défavorable de la Commission européenne des droits de l'homme⁶⁷⁶.

201. Ainsi, l'arrêt *Grant* démontre à quel point la Cour de justice n'entendait pas contrarier l'état de la protection assurée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme en refusant d'adopter une interprétation extensive de la notion de discrimination fondée sur le sexe. Elle a adopté un raisonnement prudent par lequel elle s'attache à ne pas développer un système de protection supérieur à celui accordé par la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁷⁷. Cela est d'autant plus manifeste que la Cour de justice fait ensuite « observer que le traité d'Amsterdam [...] a prévu d'ajouter au traité CE un article 6 A qui, après l'entrée en vigueur dudit traité, permettra au Conseil de prendre, dans certaines conditions [...] les mesures nécessaires à l'élimination de différentes formes de discriminations, et notamment de celles fondées sur l'orientation sexuelle »⁶⁷⁸. Il apparaît ainsi surprenant compte tenu de la pratique jurisprudentielle antérieure de la Cour de justice en ce qui concerne le « modelage communautaire des droits fondamentaux »⁶⁷⁹ qu'elle n'ait pas pris l'initiative de consacrer un nouveau droit fondamental alors même que les instances décisionnelles de l'Union européenne prévoyaient de légiférer dans ce sens. Cela n'aurait pas été la première fois que la Cour de justice devance les institutions normatives de l'Union en la

⁶⁷⁴ O. de Schutter, L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes, dans G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 189-242, spéc. pp. 206 et 207.

⁶⁷⁵ Voir § 28.

⁶⁷⁶ Voir point 33 de l'arrêt *Grant*.

⁶⁷⁷ Sur l'idée que la Cour de justice refuse d'anticiper et de provoquer une évolution non encore consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme voir F. Picod, Le juge communautaire et l'interprétation européenne, dans G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 289-334, spéc. p. 333. Selon l'auteur, la Cour de justice a fait preuve dans cette affaire de « self-restraint ».

⁶⁷⁸ Point 48 de l'arrêt *Grant*.

⁶⁷⁹ Il faut entendre cette expression dans le sens où la CJCE interprétait les droits fondamentaux dans un sens utile à la vocation économique de la Communauté européenne.

matière ou bien fasse une interprétation extensive des textes de l'Union pour assurer leur effet utile. Cette inhibition s'explique par la volonté de la Cour de respecter l'état de la protection garanti par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de ne pas être considérée comme trop avant-gardiste. La lecture éclairée de l'arrêt *Grant* permet ainsi d'entrevoir une soumission dissimulée de la Cour de justice à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme. La juridiction luxembourgeoise privilégie l'interprétation européenne non seulement sur tout autre instrument international, mais aussi sur le droit primaire de l'Union européenne. En raison du silence de la Convention européenne sur ce point, la Cour de justice s'interdit une interprétation que le Traité d'Amsterdam aurait pourtant autorisée.

202. Certains avocats généraux regrettent d'ailleurs que la Cour de justice fasse tant référence à la Convention européenne alors qu'eux-mêmes renvoient fréquemment dans leurs conclusions aux autres instruments internationaux. Ils estiment qu'une telle exclusivité présente un revers négatif qui se traduit par l'exclusion, du droit de l'Union européenne, de droits fondamentaux non garantis par la Convention européenne⁶⁸⁰. L'arrêt *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd.* permet de rejoindre cette idée et reflète parfaitement cet attachement de la Cour de justice de l'Union européenne au respect des droits fondamentaux tels qu'ils sont proclamés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et tels que leurs contours sont dessinés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

203. Si le Traité d'Amsterdam du 20 octobre 1997, est demeuré sans incidence sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en 1998, il est fort probable qu'il ait convaincu la Cour européenne des droits de l'homme d'étendre la portée de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans son arrêt *Salgueiro*. La Cour a renouvelé cette solution dans de nombreux autres arrêts tels que l'arrêt *Karner contre Autriche*⁶⁸¹, *Fretté*⁶⁸² et *E.B. contre France*⁶⁸³ ou *L. et V. Contre Autriche*⁶⁸⁴ et *Kosak contre Pologne*⁶⁸⁵.

⁶⁸⁰ Voir à ce sujet l'intervention de Eleanor Sharpston, avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes à l'occasion de la visite de travail de la CJCE à la Cour EDH, le 9 novembre 2007, « *La manière dont les traités et accords internationaux en matière de droits fondamentaux ont été appréhendés par la Cour de justice des Communautés européennes* », http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D6D1A47C-822A-472B-9D36-05CB40F4EEF9/0/CJCE_discours_Sharpston.pdf

⁶⁸¹ Arrêt du 24 juillet 2003, §33, *JCP*, G, 2004, I, 107, chron., n° 18, F. Sudre.

204. Compte tenu des avancées du droit primaire de l'Union européenne et de l'état de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, un alignement de la jurisprudence de la CJUE aurait été prévisible. Pour certains auteurs il n'en fut rien puisque dans l'arrêt *D. Contre Royaume de Suède*⁶⁸⁶, en date du 31 mai 2001, la Cour de justice a refusé d'assimiler les couples mariés et les partenaires de même sexe. Ils s'accordent ainsi à dire que la Cour de justice mal informée n'a pas su tirer tous les prolongements de la prohibition de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle⁶⁸⁷. Ce qu'elle semble néanmoins avoir fait dans l'arrêt *Maruko*⁶⁸⁸. Dans cette affaire la Cour de justice juge qu'une législation refusant aux partenaires enregistrés survivants le bénéfice de la prestation de survie alors réservée aux époux survivants est constitutive d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle⁶⁸⁹.

La lecture approfondie des deux arrêts ne permet pas d'affirmer que la Cour de justice a statué dans un sens contraire à celui de la Cour européenne des droits de l'homme puisqu'en l'occurrence elle avait à connaître du partenariat enregistré. Or la Cour européenne n'a toujours pas eu l'occasion de statuer sur la question de l'assimilation des partenaires enregistrés et des époux en termes d'avantages sociaux. En effet, dans l'affaire *Mata Estevez*⁶⁹⁰, la Cour européenne traite de la différence de traitement en matière d'ouverture du droit à pension de survivant entre les concubins homosexuels et les couples mariés. La juridiction strasbourgeoise a jugé que le fait de priver le concubin homosexuel survivant du

⁶⁸² Arrêt du 26 février 2002, *JCP*, G, 2002, II, 10074, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *R.T.D. civ.*, 2002, p. 280, obs. J. Hauser et p. 389, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.* 2002, p. 814, note A. Debet.

⁶⁸³ Arrêt du 22 janvier 2008 : *JCP*. G. 2008. II. 10071, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *R.J.P.F.* 2008, n° 2, p. 22, note S. Valory ; *LPA*, 2008, n° 28, p. 9, comm. F. Chaltiel ; *R.T.D. civ.* 2008, p. 249, obs. J.-P. Marguénaud ; *LPA*, 2008, n° 145, p. 15, note F. Dekeuwer-Défossez.

⁶⁸⁴ Arrêt du 9 janvier 2003, § 45, *D.* 2003. 2278, obs. L. Burgogue-Larsen.

⁶⁸⁵ Arrêt du 2 mars 2010, n° 13102/02, § 83, *Dr. fam.* 2010, n° 4, Alerte n° 23, obs. M. Bruggeman.

⁶⁸⁶ Arrêt du 31 mai 2001, aff. C-122/99P et C-125/99P, Rec. , p.I-4319 : *Europe*, 2001, comm. n° 213, *D.* Simon ; *A.J.D.A.* 2001, pp. 943-944 ; *D.* 2001, jur., pp. 3381-3386, C. Nourissat ; *cah. dr. eur.* 2002, pp. 679-694, *R.T.D. civ.* 2002, pp. 76-77, J. Hauser.

⁶⁸⁷ G. Cohen-Jonathan, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme, dans *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Les mutations contemporaines du droit public*, Dalloz, 2002, pp. 3-31, spéc. p. 12. Voir également O. de Schutter, L'influence de la CEDH sur la CJCE, dans G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 189-242, spéc. pp. 237-239.

⁶⁸⁸ Arrêt *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1^{er} avril 2008, aff. C-267/06 : *Dr. soc.*, 2008, pp. 712-716, J.-P. Lernould ; *A.J.D.A.* 2008, pp. 872-873 ; *Europe*, 2008, comm. n° 150, p. 13, L. Driguez ; *D.* 2008, pp. 1873-1876, C. Weisse-Marchal ; *JCP*. G. 2008. II. 10143, pp. 43-45 ; *JCP soc.* 2008, n° 1416, pp. 39-41, J. Cavallini.

⁶⁸⁹ Arrêt *Tadao Maruko*, points 72 et 73.

⁶⁹⁰ Cour EDH, déc. du 10 mai 2001, n° 56501/00. Elle est la seule affaire se rapprochant le plus de celles dont a été saisie la Cour de justice.

droit à pension de survivant ouvert aux couples mariés reposait sur un motif objectif et raisonnable lié à la protection de la famille fondée sur le mariage.

Dans ses arrêts *D. Contre Royaume de Suède et Maruko*, la Cour de justice centre son raisonnement sur la notion de discrimination, qu'elle définit de la même manière que la Cour européenne⁶⁹¹, à savoir comme le fait de traiter différemment deux situations comparables⁶⁹². Dans les deux affaires, la Cour de justice rappelle que le partenariat enregistré a été mis en place par certains Etats membres à côté du mariage afin d'accorder une reconnaissance juridique aux couples homosexuels. C'est la raison pour laquelle, dans la première affaire, la Cour de justice a refusé d'assimiler deux statuts que la législation des Etats membres distingue. En statuant de la sorte, la Cour de justice n'a sans doute pas voulu heurter la sensibilité des Etats membres. Dans la seconde affaire, la Cour de justice, plus éclairée sur la question du partenariat enregistré, a approfondi son raisonnement en recherchant néanmoins si, en ce qui concerne l'avantage social revendiqué par les partenaires enregistrés de même sexe, une assimilation avec les couples mariés n'était pas palpable au sein de l'Etat membre en cause. En d'autres termes, la Cour de justice vérifie, alors même que le statut de partenaire enregistré n'est pas identique à celui du mariage, si la législation de l'Etat membre visé ne place pas les partenaires de même sexe dans une situation comparable à celle des époux en ce qui concerne la prestation réclamée. En l'occurrence, il a été relevé par la Cour de justice que la République fédérale d'Allemagne a institué pour les personnes de même sexe un régime distinct de celui du mariage, mais dont les conditions ont été progressivement assimilées à celles applicables au mariage, notamment en ce qui concerne la pension de veuf. Parce que la prestation de survie revendiquée en l'espèce a une nature proche de celle de la pension de veuf, la Cour de justice, procédant par analogie, a estimé que le fait de priver un partenaire survivant de cette prestation, alors réservée à l'époux survivant, est constitutif d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ainsi, la Cour de justice refuse d'assimiler deux situations juridiques distinctes à l'exception des cas où les Etats membres tendent à les rendre comparables. La CJUE maniant avec prudence la notion de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle semble dès lors respecter la définition européenne de la discrimination. Il serait donc peu approprié d'affirmer que la Cour de justice s'écarte de la protection assurée par la Cour européenne des droits de l'homme.

⁶⁹¹ Voir arrêt *Marckx c. Belgique*, préc., spéc. § 32. Selon la Cour EDH l'article 14 de la Conv. ESDH « protège contre toute discrimination les individus placés dans des situations analogues ».

⁶⁹² Voir point 36 de l'arrêt *D. c. Royaume de Suède* et point 66 de l'arrêt *Tadao Maruko*.

205. Ces deux arrêts déjouent également les prévisions de certains auteurs, lesquels pensaient que la proclamation de la Charte aurait une incidence sur la jurisprudence de la CJUE en ce qui concerne le droit de la famille. Quelques auteurs ont en effet émis l'idée que si la CJUE était de nouveau saisie du problème posé par l'arrêt Grant, sous l'empire de la Charte, la Cour de justice aurait sans doute été « amenée à tenir compte de l'article 21 de la Charte qui est rédigé de manière beaucoup plus ferme que l'article 13 du Traité CE »⁶⁹³ en ce qui concerne la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Il n'en a rien été puisque la CJUE est demeurée prudente dans son contrôle de la discrimination. Certains diront sans doute que c'est lié au caractère non contraignant de la Charte à l'époque de ces arrêts. Or il convient de rappeler que la Cour de justice s'est déjà fondée sur la Charte pour délibérer⁶⁹⁴. Les arrêts *D. c. Royaume de Suède* et *Maruko* permettent donc de rassurer ceux qui pensaient que la Charte serait un prétexte pour la CJUE d'exacerber la protection des droits fondamentaux.

206. Il ressort des développements qui précèdent que les deux cours européennes, en ce qui concerne les droits fondamentaux de la famille, sont avant tout complémentaires. En effet, la jurisprudence de l'une et celle de l'autre s'inscrivent dans une dynamique de concordance et d'échange. Si la Cour de justice de l'Union européenne puise abondamment dans le droit conventionnel afin de modeler la protection des droits fondamentaux de la famille au sein de l'Union européenne, le juge de Strasbourg n'en ignore pas pour autant le droit de l'Union. La protection des droits familiaux sort renforcée de ce dialogue entre les deux cours supranationales. S'il est vrai que le dialogue des juges évoque classiquement les relations nouées entre les juridictions nationales et les juridictions européennes, il peut être transposé à celles entretenues entre les deux juridictions européennes⁶⁹⁵ en ce qui concerne la question familiale. Le dialogue s'impose aux deux cours européennes du fait de l'universalisme des droits de l'homme⁶⁹⁶. Parce que les cours européennes sont « les entrepreneurs de la

⁶⁹³ L. Idot, rapport introductif, op. cit, spéc. p. 34.

⁶⁹⁴ Arrêt *Parlement c. Conseil de l'Union*, préc.

⁶⁹⁵ J. Andriantsimbazovina, La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes après le Traité d'Amsterdam : de l'emprunt à l'appropriation ?, *Europe*, 1998, n° 10, chron.7, pp.3-7, spéc. p. 7.

⁶⁹⁶ Voir dans ce sens A.-M. Slaughter, A typology of transjudicial Communication », *University of Richmond Law Review*, 29, 1994, p.103.

résonance des normes européennes qu'ils énoncent »⁶⁹⁷ sur le plan national, leur perméabilité est inéluctable⁶⁹⁸.

207. La double protection juridictionnelle des droits fondamentaux contribue au renforcement mutuel de l'autorité des arrêts des deux juges européens et la crédibilité de chacune des juridictions européennes en qualité de garantes des droits fondamentaux dépend de la cordialité de leurs relations. Par des références croisées, les deux juridictions européennes renforcent réciproquement leur position institutionnelle au sein de la nouvelle architecture européenne⁶⁹⁹. Cette diplomatie jurisprudentielle inter-européenne constitue un « bouclier » permettant aux juridictions européennes de contrecarrer la méfiance des Etats membres et ainsi de « mieux transpercer les sphères nationales »⁷⁰⁰.

Le sort de chacune des deux cours européennes est intimement lié à l'autre. Cette idée est partagée par certains juges de l'Union européenne qui, selon leurs propos rapportés par M. le Professeur L. Scheek, estiment que la « chute de la Cour européenne des droits de l'homme affaiblira aussi la Cour de justice des Communautés européennes »⁷⁰¹. Il ressort clairement de cette affirmation que les membres de chacune des juridictions européennes s'attachent à se reconnaître et à s'observer mutuellement afin d'affirmer la qualité de la jurisprudence européenne et, à terme, conduire au renforcement des principes communs. Les deux cours européennes sont conscientes que la divergence des interprétations nuit à leur crédibilité et obère l'autorité de leur décision.

En effet, une telle discordance mettrait dans l'embarras ou dans une position délicate les juges nationaux, qui sont à la fois garants de la bonne application du droit de l'Union européenne et juges des droits de l'homme de droit commun. Ils sont donc tenus de répondre simultanément aux exigences du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Aussi, les autorités et juridictions nationales expriment moins de méfiance dans l'application d'une norme dont l'interprétation fait l'unanimité

⁶⁹⁷ L. Scheek, L'amplification de la résonance et la réduction de la dissonance ? Les relations entre les cours européennes et l'intégration par les droits de l'homme, art. précité, spéc. p. 12.

⁶⁹⁸ D. Simon, Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : je t'aime, moi non plus ?, art. préc., spéc. p. 33.

⁶⁹⁹ L. Potvin-Solis, Le concept de dialogue entre les juges en Europe, dans *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, op. cit. , pp. 19-58, spéc. p. 34. Selon l'auteur, « le dialogue apparaît comme une rencontre entre des légitimités dans l'exercice de compétences devant inéluctablement se compléter puisqu'enchaînées les unes aux autres dans le champ de la mise en œuvre du droit européen ».

⁷⁰⁰ Idée développée par L. Scheek, L'amplification de la résonance et la réduction de la dissonance ? La relation entre les cours européennes et l'intégration par les droits de l'homme, art. précité, spéc. p.14.

⁷⁰¹ L. Scheek, L'amplification de la résonance et la réduction de la dissonance ? La relation entre les cours européennes et l'intégration par les droits de l'homme, article préc. , spéc. p.12.

auprès des deux cours européennes. Elles le font d'autant plus facilement que l'harmonie européenne reflète l'universalisme des droits fondamentaux. Ainsi, c'est parce que les décisions des juridictions européennes sont vouées à transpercer la sphère nationale que leur coordination s'avère nécessaire. En effet, pour reprendre les termes de M. B. Frydman, « le dialogue transfrontalier des juges constitue l'un des signes qui indiquent avec tant d'autres, le déclin dans le domaine du droit du positivisme étatique »⁷⁰², voire même du « nationalisme méthodologique »⁷⁰³. Aussi, une telle coopération des cours européennes est d'autant plus opportune en ce qui concerne la question familiale que cette matière relève de la compétence propre des Etats membres. L'harmonie jurisprudentielle européenne favorise l'influence qu'exercent les deux cours sur l'évolution des droits nationaux de la famille⁷⁰⁴.

⁷⁰² dans Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle, Conclusion, art. préc., spéc. p.149.

⁷⁰³ Expression empruntée à U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, 2003, pp. 105 et s.

⁷⁰⁴ Voir *infra* n° 243 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

208. En conclusion de ce chapitre, il convient d'affirmer que le Conseil de l'Europe et l'Union européenne coexistent, plutôt qu'ils ne rivalisent en ce qui concerne le droit de la famille. Ce constat se vérifie sur le plan tant normatif que jurisprudentiel. La complémentarité normative des deux ordres juridiques demeure embryonnaire en ce sens où des efforts doivent encore être déployés. Les instances décisionnelles multiplient en effet les déclarations d'intention, mais les actes restent timides. A l'inverse, la complémentarité jurisprudentielle est très avancée et sortira renforcée par l'adhésion effective de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

CONCLUSION DU TITRE 1

209. Tant le Conseil de l'Europe que l'Union européenne connaissent de la question familiale. Les textes statutaires, pour le premier, et les traités fondateurs, pour le second, légitiment leur intervention croissante en la matière. Ces textes assignent aux deux organisations européennes les mêmes objectifs : la protection des droits fondamentaux de la famille et la coopération juridique en droit de la famille. Parce qu'ils poursuivent des finalités similaires et parce qu'ils ne sont soumis à aucun rapport hiérarchique, les deux systèmes juridiques européens sont concurrents. De cet enchevêtrement des compétences européennes en matière familiale pourrait découler une « guerre » des deux ordres juridiques européens, s'ignorant l'un et l'autre et aboutissant dès lors à des double-emplois ou à des contrariétés peu réjouissantes pour les citoyens européens.

210. La pratique des instances normatives et juridictionnelles des deux organisations européennes témoigne d'un effort de coexistence harmonieuse. Les institutions de l'une et l'autre multiplient en effet les initiatives en faveur de la cohésion normative et jurisprudentielle⁷⁰⁵. L'acculturation juridique entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne est réciproque. C'est sans doute parce que les deux organisations européennes puisent leur source dans des idéaux communs qu'elles communiquent. Leurs objectifs communs sont les « hyperliens »⁷⁰⁶ qui permettent l'interconnexion des deux ordres juridiques européens. La communicabilité entre les systèmes juridiques s'impose aux deux organisations européennes. Elle est « une nécessité vitale » puisqu'elle permet de confirmer leur importance au sein de la nouvelle architecture européenne en inspirant la confiance des Etats membres et des citoyens européens. Ces derniers, à la fois inspireurs et destinataires des normes européennes, ne sauraient en effet accepter le cloisonnement des systèmes juridiques dans

⁷⁰⁵ F. Lichère, Propos introductifs, dans *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, F. Lichère, L. Potvin-Solis, A. Raynouard (dir.), Bruylant, 2004, pp. 11-14, spéc. p. 13.

⁷⁰⁶ Expression empruntée à J.-Y. Carlier, La garantie des droits fondamentaux en Europe : pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg, *Revue québécoise de droit international*, 2000, 13.1, pp. 37-61, spéc. p. 42.

lesquels ils sont amenés à vivre⁷⁰⁷. Parce qu'il touche au plus près les intérêts personnels des citoyens européens, le droit de la famille est un domaine où le dialogue des deux ordres juridiques supranationaux s'avère des plus pertinents. Ce dialogue inter-européen, en droit de la famille, participe du processus de «décloisonnement des systèmes et de leur enlacement»⁷⁰⁸, qui inclut également les ordres juridiques nationaux (**titre 2**).

⁷⁰⁷ Voir dans ce sens F. Delpérée, La communicabilité entre le droit international, le droit européen, le droit constitutionnel et le droit régional, Liber amicorum J.-C. Escarras, *La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruylant, 2005, pp. 59-70, spéc. p. 70.

⁷⁰⁸ L. Burgorgue Larsen, Pour une coopération interrégionale renforcée, Conclusions prononcées à l'issue du séminaire sur les Cours régionales des droits de l'homme organisé à l'occasion du 60^{ème} anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme, *Les Cours régionales des droits de l'homme. Pratiques juridictionnelles et politiques jurisprudentielles*, 8 et 9 décembre 2008, site de la Cour EDH (www.echr.coe.int).

TITRE 2

LE DIALOGUE ENTRE LES DIVERS ORDRES JURIDIQUES EUROPEENS

211. La matière familiale relevant du pouvoir souverain des Etats européens, il y a autant de droits de la famille qu'il y a d'Etats européens. Divers ordres juridiques régissent ainsi la matière familiale. Cette pluralité des ordres juridiques soulève la question de leurs relations. Celles-ci pourraient, *a priori*, se résumer à une emprise du droit européen sur les droits internes et à une indifférence de ces derniers à l'égard des ordres juridiques nationaux qui leurs sont étrangers. En effet, souvent présenté comme intimement lié à la culture de chaque nation, il pourrait être supposé que le droit interne de la famille soit particulièrement hermétique à toute influence étrangère. Pourtant, la pratique dévoile des intercessions réciproques entre les divers ordres juridiques. En effet, si le droit européen supranational oriente les droits nationaux de la famille, il n'empêche que ces derniers influencent le droit européen supranational par le biais de la méthode comparative, laquelle exerce aussi un certain ascendant sur l'évolution des droits internes de la famille. Les instances normatives des Etats n'hésitent effectivement plus à s'inspirer des expériences étrangères dans le cadre de leurs travaux législatifs⁷⁰⁹. Ainsi, le dialogue entre les divers ordres juridiques européens se caractérise, d'une part, par l'influence des droits européens supranationaux sur les droits nationaux de la famille (**chapitre 1**) et, d'autre part, par l'influence des ordres juridiques nationaux sur les divers ordres juridiques européens (**chapitre 2**).

⁷⁰⁹ Pour un aperçu schématique des relations triangulaires entre les droits nationaux européens et le droit communautaire, voir O. Dubos, Adaptation européenne des législations nationales et système juridique étatique : quelle alchimie, *LPA*, 2004, n° 198, pp. 6-15, spéc. p. 15.

Chapitre 1

L'INFLUENCE DES DROITS EUROPEENS SUPRANATIONAUX SUR LES DROITS NATIONAUX DE LA FAMILLE

212. La question de l'influence du droit européen sur les ordres juridiques nationaux évoque celle de la réception du droit international par les droits internes. Or, sur ce point, nul n'ignore la distinction faite en droit international public entre les pays de tradition moniste et ceux qualifiés de dualistes. Dans les systèmes monistes tels que la France, le Luxembourg, les Pays-Bas, l'Espagne ou la Grèce, les traités internationaux acquièrent le statut de droit interne dès l'instant où ils deviennent des normes internationales obligatoires pour l'Etat intéressé. Dans les Etats dualistes, les traités même ratifiés ne font pas partie du droit interne. Pour qu'ils deviennent normes internationales les traités doivent faire l'objet d'une réception formelle qui peut-être l'œuvre du pouvoir législatif. Il en est ainsi au Royaume-Uni, en Italie, en Autriche, en Irlande et en Allemagne⁷¹⁰.

Le droit de la famille relevant du pouvoir souverain des Etats nationaux, l'impact des normes européennes sur l'évolution de la matière en droit interne mérite d'être étudié. Si la réception du droit européen diffère entre les Etats monistes et les Etats dualistes, il n'en demeure pas moins que le droit d'origine normative ou jurisprudentielle du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne a une incidence plus ou moins importante sur l'évolution du droit interne de la famille des Etats membres ou parties. Le droit européen supranational oriente en effet tant les autorités normatives des Etats européens que les juridictions nationales. Il en sera fait état en France (**section 1**) avant d'en relever les manifestations dans d'autres Etats européens (**section 2**).

⁷¹⁰ P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Précis Dalloz, 10^e Ed., 2010, pp. 447 et s.; J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, 9^e Ed., 2010, pp. 181 et s.

Section 1 : L'influence du droit européen supranational sur l'ordre juridique français

213. L'évolution du droit de la famille français n'est pas le fruit du « hasard législatif »⁷¹¹. Divers facteurs influencent le législateur. Il s'agit de facteurs sociologiques⁷¹², historiques⁷¹³ et juridiques. Le droit de la famille français s'inscrivant dans un espace temporel, social et géographique qui le détermine, le législateur s'appuie, dans le cadre des travaux préparatoires, sur l'histoire, la sociologie, le droit comparé, le droit international et le droit européen. Même si dans un premier temps le droit européen n'a guère influé sur l'évolution du droit français de la famille⁷¹⁴, il est désormais fréquemment invoqué au cours des travaux législatifs y afférents. Le même constat s'impose en ce qui concerne la motivation des décisions des juridictions françaises. Tant les juridictions du fond que la Cour de cassation puisent dans le droit européen pour juger une affaire ayant trait à la question familiale.

Cette influence du droit européen sur les autorités normatives et juridictionnelles françaises s'exerce à des degrés divers, si elle n'est parfois qu'accessoire, dans le sens où elle ne fait que conforter d'autres facteurs d'influence, dans d'autres hypothèses elle est prééminente puisqu'elle est directement à l'origine d'une réforme ou d'un revirement de jurisprudence. Ces rôles incitatifs ou décisifs reviennent tant aux textes européens (§1) qu'à la jurisprudence européenne⁷¹⁵ (§2), lesquels apparaissent comme « des moteurs actifs de la transformation du droit français de la famille »⁷¹⁶.

⁷¹¹ Expression utilisée par J. Hauser, L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille, dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Université de Lille II, 15 et 16 décembre 1994, L.G.D.J., 1996, pp. 121-134, spéc. p. 122.

⁷¹² Voir dans ce sens J. Comaille, *Esprit sociologique des lois*, PUF, 1994, pp. 7 et 42. Selon les propos de l'auteur : « L'heure n'est plus à l'expression d'une sorte de volontarisme politique absolu porté par la loi. Les impératifs juridiques composent ici avec cette préoccupation qui s'exprimera comme un leitmotiv tout au long du vaste courant de réformes dans le domaine de la famille amorcé en 1964 : ajuster le droit à l'évolution des mœurs » ; voir également B. Cubertafond, *La création du droit*, Ellipses, 1999, p. 36.

⁷¹³ G. Cornu, *La famille*, Montchrestien, 2006, 9^e éd., p. 11. L'auteur déclare : « comme les sciences d'observation, les sciences juridiques ont une dimension historique. L'histoire du droit de la famille est l'auxiliaire du droit positif : pour l'intelligence même des développements récents de la législation [...]. Ainsi faut-il nécessairement se référer aujourd'hui à la conception révolutionnaire et à la conception napoléonienne de la famille ».

⁷¹⁴ A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, 2002, p. 118. L'auteur fait état de l'indifférence des travaux préparatoires face au texte de la Conv.ESDH. La rareté des références faites au texte du Conseil de l'Europe, expert de la question familiale depuis 50 ans, laisse supposer la même conclusion en ce qui concerne le droit de l'Union européenne, nouvelle venue en la matière.

⁷¹⁵ M. J.-P. Costa parle d'influence judiciaire de la Conv. ESDH. J.-P. Costa, Some Aspects of the Influence of the European Convention on Human Rights on Domestic Law, dans G. Canivet, M. Andenas et D. Fairgrieve,

§ 1. L'impact des textes européens sur l'ordre juridique français

214. Les organes institutionnels du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne ont adopté de nombreux textes en matière familiale. Qu'il s'agisse de textes contraignants ou non, ils interfèrent dans le processus législatif en droit de la famille. Cet ascendant du droit européen sur les autorités normatives et judiciaires françaises trouve sa source dans la hiérarchie des normes. Le droit européen, ordre juridique supranational, a une valeur supralégislative c'est-à-dire que la loi interne doit être conforme au droit européen qui lui est supérieur. En conséquence, les Etats européens, disposant d'une compétence propre en ce qui concerne le droit de la famille, doivent adopter en la matière des dispositions compatibles au droit européen. En droit français, cette supériorité est exprimée dans l'article 55 de la Constitution reconnaissant aux accords internationaux « une autorité supérieure à celle des lois ». Elle a été consacrée par la Cour de cassation, qui a reconnu au juge judiciaire le pouvoir d'écarter l'application d'une loi si elle est contraire à un traité international antérieur⁷¹⁷.

215. La supériorité du droit de l'Union européenne et du droit du Conseil de l'Europe tient à leur primauté sur le droit français. Ce principe consacré par la jurisprudence de la CJUE⁷¹⁸ pour le premier et par les règles du droit international public⁷¹⁹ pour le second commande de faire prévaloir la norme européenne sur la mesure nationale. Corrélativement, le juge interne est tenu d'écarter la norme interne incompatible afin d'appliquer le droit européen. Ce

Comparative law before the courts, British Institute of International and Comparative Law, 2004, pp. 85-89, spéc. p. 87.

⁷¹⁶ P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 5^e éd., 2010, p. 19.

⁷¹⁷ Ccass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, Administration des douanes c. Soc. des cafés Jacques Vabre et Soc. Weigel : D. 1975. 497, concl. Touffait ; JCP, G, 1975. II. 18180 bis, concl. Touffait ; G. P. 1975. 2. 470, concl. Touffait ; R.D.C.I.P. 1975. 347, note J. Foyer et D. Holleaux ; J.D.I. 1975. 801, note Ruzié. On parle alors de contrôle de conventionnalité.

⁷¹⁸ La CJCE a indiqué que « les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique communautaire ainsi constitué sont en particulier sa primauté par rapport aux droits des Etats membres ainsi que l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes », CJCE, avis 1/91, 14 décembre 1991, Rec. I., p. 6079. Ce principe a été énoncé pour la première fois par la CJCE dans l'arrêt Costa c. ENEL. (15 juillet 1964, aff. 6/64, 1141). La CJCE considère qu'« en instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'attributions propres, de la personnalité, de la capacité juridique (...) et plus précisément de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des Etats à la Communauté ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes ». Elle a ajouté qu'« à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions. ».

⁷¹⁹ La primauté du droit du Conseil de l'Europe résulte du principe « pacta sunt servanda ». J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe*, PUF, 2011, 2^e éd., spéc. p. 339 et 475.

principe n'a pas une portée générale. Les recommandations et résolutions adoptées au sein du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne n'ont pas de valeur contraignante. Ces textes relèvent de la *soft law*⁷²⁰, ils ne lient pas les Etats parties et les citoyens européens ne peuvent s'en prévaloir devant une juridiction française, faute d'effet direct. Les directives de l'Union européenne relèvent d'un régime juridique assez hybride. En effet, contrairement aux règlements qui sont directement applicables dans tout Etat membre⁷²¹, les directives lient les Etats membres destinataires seulement quant au résultat à atteindre. Ils restent libres de déterminer les modalités de mise en œuvre de cet objectif. La directive nécessite donc d'être transposée pour pouvoir produire plein effet au sein des Etats membres. Elle est nécessairement assortie d'un délai de transposition. A défaut de transposition dans le délai imparti, la directive peut être invoquée par les particuliers à l'encontre des Etats membres⁷²².

L'influence du droit européen écrit dépasse la notion de hiérarchie des normes puisque même les textes non contraignants inspirent le législateur français. Ce constat n'est pas transposable au juge français. En effet, aucun arrêt de la Cour de cassation ayant trait à la matière familiale ne vise ou ne fait une quelconque référence aux recommandations ou résolutions du Conseil de l'Europe ou des instances communautaires. Cela s'explique par la nature même de ces textes. Ayant pour seule finalité d'orienter les Etats membres ou parties, ils ne concernent pas les juges chargés d'appliquer le droit contraignant et non le droit mou pour une question de sécurité juridique. Il faut ainsi déduire des propos qui précèdent que l'influence du droit européen ne se cantonne pas à la notion de réception du droit européen, laquelle ne concerne que le droit contraignant d'application directe.

216. Le panorama des questions traitées par les textes européens recouvre tout le droit familial. Il n'est donc pas surprenant que ceux-ci aient laissé leur empreinte dans les travaux préparatoires du législateur français ou bien dans les décisions du juge français. Il a pu en effet être relevé de multiples exemples de références au droit européen en vue soit de conforter l'opportunité d'une réforme en droit de la famille, soit de motiver la solution adoptée dans une affaire. Aussi l'impact du droit écrit européen en tant que source du droit de la famille se mesure tant à travers sa prise en compte par le législateur français **(A)** qu'à travers son application par le juge français **(B)**.

⁷²⁰ On parle aussi de droit mou dans la mesure où il n'est pas contraignant. J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe*, op. cit., spéc. p. 339.

⁷²¹ Art. 288 TFUE.

⁷²² C'est la CJCE qui a consacré l'effet direct d'une directive non transposée dans son arrêt *Van Duyn* du 4 Décembre 1974. Arrêt *Van Duyn c. Home Office*, aff. 41-74, Rec., I-1337.

A. L'influence des textes européens sur le législateur français en droit de la famille

217. On a pu analyser l'influence du droit écrit européen sur le législateur français à partir des travaux préparatoires aux diverses réformes entreprises en droit de la famille depuis 1975⁷²³. On peut relever que ce n'est qu'à partir de 1985 que le droit européen écrit fait une discrète apparition dans le cadre des travaux préparatoires. Depuis, les références faites au droit écrit européen pour appuyer une réforme en droit de la famille sont en constante augmentation. Ces références ne sont pas pour autant systématiques. Il est en effet certaines questions pour lesquelles le droit européen écrit est absent des débats parlementaires. Par exemple, le droit européen est totalement étranger à la réforme du droit du divorce, de la prestation compensatoire et des successions et libéralités. Répondant davantage à une attente sociale qu'à des exigences européennes, ces lois ne comportent pas le moindre soupçon d'influence du droit européen. Sans doute cela s'explique-t-il aussi par le fait que ni le Conseil de l'Europe ni l'Union européenne n'ont abordé dans le fond ces problèmes. Il est un autre domaine où l'ignorance du droit européen est plus regrettable voire surprenante, il s'agit de l'autorité parentale. Divers instruments européens abordent la question de la coparentalité or ni les travaux relatifs aux lois de 1987⁷²⁴ et 1993⁷²⁵ ni même ceux de la loi de 2002⁷²⁶, n'y font référence. La lecture des débats montre que le législateur a davantage été guidé par l'évolution des mœurs et les principes établis par la Convention de New York⁷²⁷.

218. Parfois, le droit européen écrit ne fait qu'une furtive apparition dans le cadre des travaux préparatoires. Le traité d'Amsterdam a notamment été rapidement évoqué dans le cadre des débats parlementaires pour appuyer la réforme sur le PACS. Un député, alors rapporteur pour avis, a fait observer que cette loi « va d'ailleurs permettre à la France d'être le premier pays de l'Union européenne à mettre en œuvre une des dispositions du Traité d'Amsterdam visant à lutter contre l'homophobie »⁷²⁸. Le député fait ici allusion à l'article 6A

⁷²³ Cette date est d'autant plus pertinente que c'est à compter de 1974 que la Conv. ESDH a fait partie de l'ordre juridique interne français. Tant l'exposé des motifs des projets ou propositions de lois que les rapports législatifs et les compte-rendus intégraux des débats parlementaires y afférents ont été attentivement examinés.

⁷²⁴ Voir les compte-rendus intégraux des deux séances de discussion publique du 7 mai 1987, J.O.A.N., n° 18, du 8 mai 1987.

⁷²⁵ Voir les compte-rendus intégraux de la première et deuxième séance du 28 avril 1992, J.O.A.N., n° 20, du 29 avril 1992 et le compte-rendu intégral de la deuxième séance du 15 mai 1992, J.O.A.N., n° 29, du 16 mai 1992.

⁷²⁶ Voir les compte-rendus intégraux des séances du 14 juin 2001, J.O.A.N., n° 44, du 15 juin 2001.

⁷²⁷ Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), 20 novembre 1989.

⁷²⁸ Intervention de M. Patrick Bloche à la deuxième séance du 3 novembre 1998, voir compte-rendu intégral de la séance, J.O.A.N., 4 novembre 1998, p. 7940.

du Traité CE inscrivant l'orientation sexuelle au titre des discriminations susceptibles d'être combattues par les institutions de l'Union⁷²⁹. Cette brève considération pour le droit européen ne permet pas d'affirmer que le législateur a ici été influencé de manière péremptoire par ce texte européen. Au contraire, il ne s'agirait que d'un argument de confort appuyant la légitimité d'une réforme dictée par l'évolution de la société.

On peut, néanmoins, relever diverses réformes pour lesquelles le droit européen écrit a joué un rôle déterminant en orientant notablement le travail du législateur. Il s'agit des réformes ayant trait à l'égalité des sexes en droit de la famille (1) et à la promotion des droits de l'enfant (2).

1. L'égalité des sexes en droit de la famille

219. L'histoire du droit de la famille est, entre autre, celle de la conquête progressive de l'égalité des sexes au sein du couple. L'analyse des travaux parlementaires démontre que les normes européennes ne sont pas étrangères aux progrès réalisés en la matière⁷³⁰. Ainsi, un texte du Conseil de l'Europe a été invoqué pour la première fois à l'appui d'une réforme en droit de la famille à l'occasion du vote de la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs⁷³¹. Il s'agissait d'un texte non contraignant. Madame la députée Denise Cacheux, alors rapporteur du projet de loi, précisait lors de la séance du 6 mai 1985 que « la deuxième origine de cette réforme est que notre pays a souscrit des engagements internationaux [...]. Il convient en effet de rappeler que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 27 septembre 1978 une résolution recommandant aux gouvernements des Etats membres d'assurer ou de promouvoir l'égalité des époux en droit civil, tant dans leurs rapports personnels que dans leurs rapports patrimoniaux, et leurs rapports avec leurs enfants communs »⁷³². Madame le rapporteur soulève ce fondement juridique afin d'asseoir

⁷²⁹ Cet argument européen avait déjà été évoqué par un parlementaire lors de la discussion d'une proposition de loi rejetée en première lecture par l'Assemblée nationale le 9 octobre 1998. Voir le rapport n° 1097 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur les propositions de loi n° 88 de M. Jean-Pierre Michel et plusieurs de ses collègues visant à créer un contrat d'Union civile et sociale, n° 94 de M. Jean-Marc Ayrault et plusieurs de ses collègues, relative au contrat d'union sociale, n° 249 de M. Georges Hage et plusieurs de ses collègues, relative au droit des couples non mariés, par M. Jean-Pierre Michel, député, I.A.2 *in fine*.

⁷³⁰ Voir dans ce sens J. Hauser, dans L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille, op. cit., spéc. p. 126.

⁷³¹ Loi n° 85-1372, J.O. du 26 décembre 1985.

⁷³² JOAN, 7 mai 1985, débats parlementaires, 7^{ème} législature, séance du 6 mai 1985, compte-rendu intégral, p. 570, archives.assemblee-nationale.fr/7/cr/1984-1985-ordinaire2/024.pdf ; voir également le rapport n° 2646 de

l'opportunité et la légitimité de la réforme en cours c'est-à-dire conforter les orientations poursuivies dans le projet de loi. Il ne s'agit là, cependant, que d'un argument juridique supplémentaire justifiant l'adoption du texte proposé. La résolution du Conseil de l'Europe n'apparaît pas en effet comme l'élément déclencheur de la réforme. Il est un argument parmi d'autres. En effet, la lecture des débats parlementaires met en exergue d'autres facteurs de réforme tel le retard accusé par rapport aux législations de pays voisins⁷³³. Ce point a été régulièrement invoqué par les élus ayant pris la parole au cours des débats⁷³⁴.

220. En ce qui concerne la réforme des règles de dévolution du nom de famille, les textes européens ont joué un rôle déterminant, dans le sens où ils ont largement contribué au vote du texte. La loi du 4 mars 2002⁷³⁵ relative au nom de famille est le fruit de longs débats parlementaires ayant débuté en 1985, c'est-à-dire parallèlement à la réforme portant sur l'égalité des époux dans leurs rapports patrimoniaux⁷³⁶. Les députés dénonçaient déjà l'inégalité existant entre l'homme et la femme dans la transmission du nom. A l'époque des débats parlementaires le Conseil de l'Europe avait adopté deux textes recommandant aux gouvernements des Etats membres de prendre des mesures en vue d'attribuer des droits égaux à l'homme et la femme en ce qui concerne l'attribution du nom de famille. Il s'agit de la résolution (78) 37 sur l'égalité des époux en droit civil⁷³⁷ et de la recommandation n° R (85) 2 relative à la protection juridique contre la discrimination fondée sur le sexe⁷³⁸. Aucun député n'en fait état dans le débat. L'argument majoritaire est celui du caractère isolé du droit français par rapport aux droits étrangers. Cet élément n'a pas suffi au vote des amendements déposés en faveur d'une égalité entre l'homme et la femme dans la transmission du nom. Cette réforme a en effet été repoussée pour des raisons de bonne politique législative⁷³⁹. Initialement reportée à cinq ans, elle a finalement été adoptée dix-sept ans plus tard. Le temps écoulé témoigne de la frilosité du législateur français peu enclin à entreprendre cette réforme.

Mme la députée Denise Cacheux, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République.

⁷³³ I. Dauriac, *Les régimes matrimoniaux et le PACS*, L.G.D.J., 2010, 2^e éd., spéc. n° 30.

⁷³⁴ Voir l'intervention de Mme la députée D. Cacheux, p. 570 ; de M. le Garde des Sceaux, R. Badinter, p. 574 ; ou de Mme la députée, G. Toutain, p. 576.

⁷³⁵ Loi n° 2002-304, J.O. du 5 mars 2002, p. 4159.

⁷³⁶ Voir les débats parlementaires à l'occasion de la séance du 6 mai 1985, J.O.A.N., 7 mai 1985, compte rendu intégral, intervention de Madame le rapporteur G. Toutain, p. 571 ; intervention de Monsieur J.-P. Michel, p. 581. Consultable sur archives.assemblee-nationale.fr/7/cri/1984-1985-ordinaire2/024.pdf

⁷³⁷ Résolution adoptée par le Comité des Ministres le 27 septembre 1978, voir particulièrement le point 17.

⁷³⁸ Recommandation adoptée par le Comité des Ministres le 5 février 1985, voir spécialement Annexe, I., 4., 2^{ème} b.

⁷³⁹ Voir intervention de Monsieur le Garde des Sceaux à l'occasion des débats parlementaires du 6 mai 1985, J.O.A.N., 7 mai 1985, compte-rendu intégral, p. 594.

Le droit européen n'est pas étranger à cette « révolution juridique »⁷⁴⁰. Deux éléments nouveaux ont convaincu le législateur : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'insistance de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe⁷⁴¹.

221. Les honneurs de la réforme sont souvent attribués au seul arrêt *Burghartz* rendu le 22 février 1994⁷⁴² par lequel la Cour de Strasbourg a condamné la Suisse après avoir constaté que la liberté de choix du nom était protégée par le droit au respect de la vie privée consacré à l'article 8 de la Conv.ESDH combiné avec le droit à la non discrimination consacré à l'article 14 de la même convention⁷⁴³. L'analyse approfondie des travaux parlementaires permet de relativiser l'impact de cet arrêt sur le législateur et de rétablir le rôle décisif des textes du Conseil de l'Europe dans le vote de la loi du 4 mars 2002. Le temps écoulé entre ledit arrêt et le vote de la loi démontre bien que la jurisprudence de la Cour EDH n'a pas eu d'incidence immédiate sur le processus législatif. Huit années se sont en effet écoulées avant la réforme. Cela indique donc que dans un premier temps cet arrêt n'a que peu perturbé les autorités normatives françaises, pourtant déjà saisies de la question depuis 1985. A la suite de cet arrêt, de nombreuses propositions de loi⁷⁴⁴ ont été formulées, mais n'ont jamais été inscrites à l'ordre du jour. Le manque d'empressement du législateur démontre bien que l'arrêt n'a pas été décisif dans le vote de la réforme. On peut l'expliquer, notamment, par la difficulté du législateur français à admettre l'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette idée ressort manifestement des débats parlementaires lorsqu'un député déclare : « les arguments en faveur de cette proposition sont forts. Il y a d'abord, bien entendu la position de la Cour européenne des droits de l'homme. Je

⁷⁴⁰ C. Charbonneau et F.J. Pansier, Présentation de la loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille, *LPA*, 2002, n° 71, p. 4. Les auteurs ont qualifié la loi du 4 mars 2002 de « véritable révolution juridique ».

⁷⁴¹ Madame la députée Yvette Roudy évoque dans son rapport d'information n° 2901 les « arguments juridiques nouveaux en faveur d'une réforme ». Elle cite l'arrêt *Burghartz*, mais aussi la recommandation 1271 (1995) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Rapport fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur la proposition de loi n° 2709 de Monsieur Gérard Gouzes relative au nom patronymique.

⁷⁴² Cour EDH, arrêt *Burghartz c/ Suisse*, 22 févr. 1994, A.280-B : *JCP*. G. 1995. I. 3823, n° 31, chron. F. Sudre ; *R.T.D.H.* 1995. 53, note P. Georquin.

⁷⁴³ Voir notamment J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., spéc. p. 162.

⁷⁴⁴ Proposition de loi n° 132 présentée par Madame Janine Jambu et les membres du groupe communiste et apparentés le 13 août 1997 ; Proposition de loi n° 1012 présentée par Madame Marie-Jo Zimmermann le 24 juin 1998.

ne dis pas bien-sûr qu'il faille s'y soumettre toujours », et un autre député de répondre : « ah non »⁷⁴⁵.

222. Par ailleurs l'arrêt *Burghartz* n'a pas à lui seul mis en exergue le risque de condamnation de la France. Alors même que de nombreux auteurs avaient suggéré au législateur d'intervenir immédiatement après l'arrêt *Burghartz*⁷⁴⁶, le Gouvernement s'est mu dans l'immobilisme prétextant que « la législation française, qui limite le choix des parents en matière de transmission du nom, ne traduit aucune considération sexuelle ou inégalitaire »⁷⁴⁷. Ce sont les recommandations du Conseil de l'Europe qui ont véritablement convaincu le législateur d'un risque de condamnation de la France par la Cour EDH. En effet, l'Assemblée parlementaire déplorant l'immobilisme de certains Etats membres a adopté postérieurement à l'arrêt *Burghartz* deux recommandations dénonçant le caractère discriminatoire des réglementations de certains pays. Il s'agit de la recommandation 1271 (1995)⁷⁴⁸ et la recommandation n°1362 (1998)⁷⁴⁹ relatives aux discriminations entre les hommes et les femmes pour le choix du nom de famille et la transmission du nom des parents aux enfants. Ces textes visent implicitement la France telle que l'a dévoilée la réponse du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, alors saisi à la suite de la notification de la recommandation 1271 (1995) à la France⁷⁵⁰. L'analyse des documents parlementaires démontre que la dénonciation insistante de l'Assemblée parlementaire a joué un rôle moteur dans l'adoption de la loi du 4 mars 2002. Cela apparaît clairement dans le rapport du député Gérard Gouzes lorsqu'il déclare que « la jurisprudence européenne et les recommandations du Conseil de l'Europe ont amplifié ce mouvement vers une plus grande égalité entre les hommes et les femmes en exigeant que les différentes législations relatives à la transmission du nom veillent à respecter le principe de non discrimination entre les hommes et les femmes »⁷⁵¹. Tant les

⁷⁴⁵ Voir interventions de Monsieur le député Claude Goasguen et de Madame la députée Yvette Roudy, Comptendu intégral de la séance du 8 février 2001, J.O.A.N., n° 14, vendredi 9 février 2001, débats parlementaires, p. 1299.

⁷⁴⁶ R. Pinto, La liberté de choix du nom de famille devant la Cour européenne des droits de l'homme : arrêt du 22 février 1994 *Burghartz* contre Suisse, *LPA*, 14-15 septembre 1994 ; G. Goubeaux, Le nom, dans *Droit de l'enfant et de la famille*, hommage à Marie-Josèphe Gebler, Presses universitaires de Nancy, 1998, p. 30.

⁷⁴⁷ Voir la réponse de Mme la Garde des Sceaux à la question écrite n° 37445 du 15 novembre 1999 de Madame Marie-Jo Zimmermann, J.O. du 20 mars 2000, p. 1876.

⁷⁴⁸ Adoptée par l'Assemblée parlementaire le 28 avril 1995.

⁷⁴⁹ Adoptée par l'Assemblée parlementaire le 18 mars 1998.

⁷⁵⁰ Voir la question posée par Mme Marie-Jo Zimmermann au Ministère de la justice, J.O. du 15 novembre 1999, p. 6536.

⁷⁵¹ Voir exposé général du rapport n° 2911 de Monsieur Gérard Gouzes, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur les propositions de loi n° 2709 de Monsieur Gérard Gouzes et les membres du Groupe socialiste et apparentés, relative au nom

députés que les sénateurs invoquent, à l'appui de la réforme, la jurisprudence *Burghartz* associée aux textes du Conseil de l'Europe⁷⁵². Ce qui dénote l'importance accordée à ces textes dans le processus législatif. Finalement, il ressort des propos qui précèdent que l'obstination du Conseil de l'Europe a donné un « coup de pouce »⁷⁵³ décisif au vote de la réforme.

223. En ce qui concerne l'alignement de l'âge minimum des femmes pour le mariage sur celui des hommes par la loi du 4 avril 2006⁷⁵⁴, les documents parlementaires font apparaître qu'une telle réforme a été proposée en vue de se conformer au principe d'égalité affirmé par la législation européenne⁷⁵⁵. En modifiant l'article 144 du Code civil, le législateur s'est en effet conformé à la résolution 1468 (2005) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Ce texte, adopté le 5 octobre 2005, mais en discussion au sein de l'Assemblée depuis 2003⁷⁵⁶, dénonce les législations européennes autorisant « le mariage de mineurs, parfois de façon discriminatoire avec des différences d'âge minimales selon qu'il s'agit d'une fille ou d'un garçon »⁷⁵⁷. L'Assemblée parlementaire y invite « instamment [les] parlements nationaux des Etats membres du Conseil de l'Europe à fixer ou à relever l'âge minimal légal du mariage pour les femmes et les hommes à 18 ans »⁷⁵⁸. La concordance des dates entre la résolution communautaire et le texte français parle d'elle-même. Elle laisse supposer que l'intervention du Conseil de l'Europe en la matière a convaincu le législateur français de

patronymique, n° 132 de Madame Janine Jambu et les membres du groupe communiste et apparentés, relative au nom patronymique, n° 1012 de Madame Marie-Jo Zimmermann relative à la transmission du nom de famille et permettant de choisir pour les enfants le nom du père ou celui de la mère.

⁷⁵² Voir notamment l'intervention de Mme Yvette Roudy au nom de la délégation aux droits des femmes à la séance du 8 février 2001. Elle rappelle que la recommandation du Conseil de l'Europe de 1995 vise la France pour poursuivre qu'« il est plus que temps de respecter ce principe d'égalité », compte rendu intégral de la séance du 8 février 2001, J.O.A.N., n° 14, 9 février 2001, débats parlementaires, p. 1293. Voir également l'intervention de Mme Marie-Jo Zimmermann aux séances du 8 février 2001 et 21 février 2002, J.O.A.N., n° 14, 9 février 2001, p. 1297 et J.O.A.N., n° 19, 22 février 2002, CRI, p. 1699. Voir dans le même sens, le rapport d'information n° 416 de Monsieur Serge Lagache au nom de la délégation du Sénat aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes. Selon le sénateur l'arrêt *Burghartz* et la recommandation 1271 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe encouragent les acteurs de la proposition de loi à amener la législation française à prendre davantage en compte les acquis européens en matière de libertés publiques.

⁷⁵³ J. Hauser, *L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille*, op. cit., spéc. p. 122.

⁷⁵⁴ Loi n° 2006-399 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, J.O. du 5 avril 2006.

⁷⁵⁵ Voir intervention de M. le sénateur Roland Courteau lors des discussions en séance publique du 29 mars 2005 au Sénat sur la proposition de loi tendant à lutter contre les violences à l'égard des femmes.

⁷⁵⁶ A la suite d'une proposition de résolution présentée à l'Assemblée par Madame Bargholtz le 13 octobre 2003, Doc. 9966 de l'Assemblée parlementaire.

⁷⁵⁷ Point 9 de la résolution.

⁷⁵⁸ Point 14 de la résolution.

l'urgence d'une telle modification. Il n'est pas anodin de faire remarquer qu'à l'origine la proposition de loi du sénat⁷⁵⁹ n'envisageait pas une telle mesure. Elle a été ajoutée au texte à la suite du dépôt d'un amendement⁷⁶⁰ qui a été retenu à l'unanimité lors de la discussion en séance publique du 29 mars 2005⁷⁶¹. C'est à cette occasion que le sénateur à l'origine de la proposition de loi a émis le souhait de rendre le droit français conforme à la législation européenne. Relevons également que la différence d'âge minimum pour le mariage entre les garçons et les filles était depuis plusieurs années dénoncée par le Comité européen des droits sociaux (CEDS) du Conseil de l'Europe. Chargé d'examiner la conformité du droit et de la pratique des Etats parties à la Charte sociale européenne, le CEDS après s'être interrogé sur les raisons d'une telle différence entre les hommes et les femmes dans ses conclusions de 2003⁷⁶² a ensuite reproché à la France, en 2005⁷⁶³, de n'avoir toujours pas procédé au relèvement de l'âge nubile des femmes à 18 ans. Même si les débats parlementaires n'en font pas l'écho, ces remontrances répétées ont sans doute contribué à mettre en lumière la nécessité d'une telle réforme. L'objectif poursuivi par le législateur étant de protéger le consentement au mariage, l'influence du droit écrit européen n'a pas été décisive, mais seulement confortative.

2. Les droits de l'enfant

224. Le droit contemporain de la famille se réorganise autour de l'enfant. Une place essentielle est désormais accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant et à la promotion de ses droits. La Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) est à l'origine de ce mouvement. Cette convention, adoptée le 20 novembre 1989 par l'Assemblée générale des Nations Unies et signée à New York le 26 janvier 1990, « est apparue comme extrêmement novatrice en ce qu'elle a apporté à l'enfant des droits : le droit à n'être plus un objet, mais un sujet dont l'intérêt allait enfin être pris en compte »⁷⁶⁴. Soucieux de faire respecter en Europe les principes énoncés dans la CIDE, le Conseil de l'Europe puis plus récemment l'Union européenne ont à leur tour adopté un certain nombre de textes destinés à promouvoir et rendre

⁷⁵⁹ Voir proposition de loi n° 62 de M. le sénateur Roland Courteau tendant à lutter contre les violences à l'égard des femmes et notamment au sein des couples par un dispositif global de prévention, d'aide aux victimes et de répression, déposée le 10 novembre 2004.

⁷⁶⁰ Amendement n°3 rectifié de Mme la sénatrice Joëlle Garriaud-Meylam.

⁷⁶¹ Voir compte rendu-intégral de la discussion en séance publique du 29 mars 2005 au Sénat sur la proposition de loi tendant à lutter contre les violences à l'égard des femmes.

⁷⁶² Voir Conclusions du CEDS relatives à la France, 2003, article 17, pp. 19 et 20.

⁷⁶³ Voir Conclusions du CEDS relatives à la France, 2005, article 17, p. 82.

⁷⁶⁴ J. Rubellin-Devichi, Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française, *JCP*, G, 1994, I, 3739. Voir également A. Gouttenoire, La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après. Commentaire article par article, *Dr. fam.* 2009, n° 11, pp. 11-56.

effective la protection des droits des enfants. Le droit français n'est pas resté insensible à ce mouvement puisque de nombreuses réformes ayant trait à la défense des droits de l'enfant ont été confortées, voire provoquées par ces textes européens.

225. Les textes du Conseil de l'Europe ont été cités parmi les instruments internationaux pertinents⁷⁶⁵ justifiant une réforme de l'adoption internationale en droit français⁷⁶⁶. Il ressort même des travaux parlementaires que c'est la recommandation adoptée par l'Assemblée parlementaire le 26 janvier 2000 sur le respect des droits de l'enfant dans l'adoption internationale qui a rappelé l'intérêt de la moralisation de l'adoption internationale et a soulevé la nécessité de voir la proposition de loi aboutir⁷⁶⁷. Un député a notamment déclaré dans son rapport que « parce qu'elle peut donner lieu à des pratiques condamnables, voire à l'organisation d'un véritable trafic d'enfant, exploitant la détresse économique des parents biologiques et le désir profond d'enfant qu'ont les adoptants, l'adoption internationale requiert une grande vigilance, ainsi que l'a rappelé l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans la recommandation adoptée le 26 janvier dernier, sur le respect des droits de l'enfant dans l'adoption internationale »⁷⁶⁸. Le législateur français s'est ainsi appuyé sur ce texte pour témoigner de l'actualité du problème et de la pertinence de la réforme entreprise. Cela témoigne de l'attention portée par les autorités normatives françaises à l'égard des textes même les plus récents du Conseil de l'Europe.

226. Les textes du Conseil de l'Europe ont également été invoqués à titre confortatif lors du vote de la loi n° 2000-196 instituant un défenseur des enfants⁷⁶⁹. Les documents parlementaires font clairement apparaître que le législateur a entendu répondre aux exigences du Conseil de l'Europe, et plus particulièrement à la recommandation relative aux droits des enfants⁷⁷⁰ par laquelle l'Assemblée parlementaire invite les Etats européens à nommer un

⁷⁶⁵ La recommandation du Conseil de l'Europe en date du 26 janvier 2000 a été citée à l'appui de la réforme aux côtés de la CIDE et de la Convention de La Haye. Voir rapport n° 164 de M. le sénateur Nicolas About sur la proposition de loi relative à l'adoption internationale, II, D.

⁷⁶⁶ Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale, J.O. du 8 févr. 2001.

⁷⁶⁷ Voir compte-rendu intégral de la séance du 28 mars 2000, intervention de M. le député J.-F. Mattei, rapporteur, J.O.A.N., du 29 mars 2000, p. 2625.

⁷⁶⁸ Rapports n° 2265 et 2873 de M. J.-F. Mattei, faits au nom de la commission des Lois Constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi (n° 2217) de M. J.-F. Mattei et plusieurs de ses collègues, relative à l'adoption internationale.

⁷⁶⁹ Loi du 6 mars 2000, J.O. du 7 mars 2000.

⁷⁷⁰ Recommandation 1121 (1990) adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 1^{er} février 1990.

médiateur spécial pour les enfants, en proposant cette réforme⁷⁷¹. L'intervention de Madame la députée Dominique Gillot lors de la discussion en séance publique du 19 novembre 1998, est particulièrement éloquente sur ce point. Elle déclare notamment : « Alors que, aujourd'hui, nombre d'initiatives relèvent du souci de rechercher une médiation entre le monde des enfants et des jeunes et la société, il aura fallu la recommandation du Conseil de l'Europe de février 1990 demandant aux Etats européens d'envisager de nommer un médiateur spécial pour les enfants, la résolution du parlement européen de juillet 1992 relative à la Charte européenne des droits de l'enfant invitant les Etats membres à nommer un défenseur des droits de l'enfant au niveau national et, enfin, en mai dernier, les conclusions de la commission d'enquête sur l'application des droits de l'enfant en France et l'appel à l'attention du législateur sur l'utilité d'instituer un médiateur des enfants pour que nous soyons saisis aujourd'hui à la veille de la journée nationale des droits de l'enfant, de cette proposition de loi »⁷⁷². Cette affirmation démontre que les textes adoptés par les instances du Conseil de l'Europe et de la Communauté européenne ont joué un rôle moteur dans l'adoption de cette loi.

On peut également relever qu'un autre argument a été évoqué pour justifier de la pertinence d'une telle loi, à savoir le rapport établi par la commission d'enquête sur l'état des droits de l'enfant en France notamment au regard des conditions de vie des mineurs et de leur place dans la cité. Ce rapport met en lumière l'utilité d'un médiateur pour les enfants et pour appuyer cette suggestion le rapport mentionne la recommandation n°1121 de l'Assemblée parlementaire pour conclure que l'instauration d'une telle institution est indispensable⁷⁷³.

227. La question de l'audition de l'enfant dans le cadre des procédures familiales qui le concernent est un autre exemple manifeste d'évolution sous l'influence du droit européen. La rédaction de l'article 388-1 du Code civil a évolué sous l'influence du droit du Conseil de l'Europe et du droit de l'Union européenne. L'article 12 de la CIDE a souvent été présenté comme étant l'inspirateur du législateur⁷⁷⁴ dans la rédaction de l'article 388-1 du Code civil

⁷⁷¹ Voir les interventions de Mme Martine Aurillac, M. Jean-Paul Bret et de M. José Rossi à la discussion en séance publique du 19 novembre 1998, compte-rendu intégral, J.O.A.N., du 20 novembre 1998, pp. 9280 et 9284. Voir également l'intervention de M. Dominique Bussereau à la séance du 25 novembre 1999, compte-rendu intégral, J.O.A.N., du 26 novembre 1999, p. 10148.

⁷⁷² J.O.A.N., du 20 novembre 1998, CRI, p.9287.

⁷⁷³ Rapport n° 871 fait au nom de la Commission d'enquête sur l'état des droits de l'enfant en France notamment au regard des conditions de vie des mineurs et de leur place dans la cité, par Jean-Paul Bret, voir III. C.2.

⁷⁷⁴ J. Rubellin-Devichi, Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises, *JCP*, G, 1994, I, 3739 ; J. Massip, Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993, *Defr.*, 1993, p. 609.

après la loi du 8 janvier 1993⁷⁷⁵. La comparaison des deux textes permet néanmoins d'affirmer que le législateur de l'époque a plus été inspiré par l'esprit du texte de la CIDE que par sa lettre. L'article 12 de la CIDE⁷⁷⁶ reconnaît à l'enfant capable de discernement le droit d'être entendu dans toutes les procédures le concernant. Tandis que l'article 388-1 du Code civil tel qu'il était rédigé après la loi de 1993⁷⁷⁷ reconnaît la faculté pour le mineur capable de discernement d'être entendu par le juge, mais admet également la possibilité pour ce dernier de refuser cette audition sur décision spécialement motivée. Alors que cette audition est de droit selon les dispositions de la CIDE, elle n'est que facultative en droit français. Il s'agit là d'une différence notable entre les deux textes.

228. On peut néanmoins faire le parallèle entre la rédaction de l'article 388-1 du Code civil et le texte de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du Conseil de l'Europe⁷⁷⁸. A l'instar du droit français⁷⁷⁹ de 1993, la convention européenne prévoit la possibilité pour le juge d'apprécier l'opportunité de l'audition en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant⁷⁸⁰ ainsi que la possibilité de désigner un représentant spécial du mineur lorsqu'il y a conflit d'intérêt entre les parents et l'enfant⁷⁸¹. Compte tenu des similitudes entre les dispositions issues de la loi du 8 janvier 1993 et le texte final de la Convention européenne, il semblerait que le législateur de l'époque ait été influencé par l'avancée des travaux entrepris au sein du CJ-FA, saisi dès 1990 du projet de convention, à la suite de la recommandation 1121 (1990) de l'Assemblée parlementaire⁷⁸². Il est vrai, compte tenu de l'intérêt porté par le législateur français aux travaux et textes du Conseil de l'Europe dans le

⁷⁷⁵ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant instituant le juge aux affaires familiales, J.O. du 9 janvier 1993.

⁷⁷⁶ L'article 12 de la CIDE dispose : « §1. Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. §2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale ».

⁷⁷⁷ L'ancien article 388-1 du Code civil était ainsi rédigé : « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut [...] être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet. Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. »

⁷⁷⁸ Voir dans ce sens A. Isola, Les principes d'organisation familiale posés par la « législation » issue du Conseil de l'Europe, dans F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (dir.), Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, op. cit. , pp. 31-44, spéc. pp. 40 à 43.

⁷⁷⁹ Article 388-1 et article 389-3 du Code civil tels qu'ils résultaient de l'article 58 de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993.

⁷⁸⁰ Voir article 6 de la Convention.

⁷⁸¹ Voir article 4 de la Convention. Il convient de relever qu'un tel droit n'est pas spécifié dans la CIDE.

⁷⁸² Voir rapport explicatif de la Convention.

cadre de la procédure législative, que cette possibilité ne doit pas être exclue. L'hypothèse est d'autant plus pertinente que l'intention profonde du législateur motivant l'adoption de la loi de 1993 était de traduire les principes de la CIDE dans l'ordre juridique français. Or il convient de rappeler que le CJ-FA a été saisi du projet de convention par le Comité des Ministres sous l'impulsion de l'Assemblée parlementaire dans le but précisément de compléter la Convention de New York.

229. Si la rédaction ancienne de l'article 388-1 a sans doute été influencée par le travail du Conseil de l'Europe, il ne fait aucun doute que la nouvelle formulation issue de la loi du 5 mars 2007⁷⁸³ a été directement inspirée du droit de l'Union européenne⁷⁸⁴. L'alinéa 2 de l'article 388-1 du Code civil prévoit désormais que l'audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande et lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. La loi rend ainsi obligatoire l'audition du mineur qui en fait la demande, sans possibilité pour le juge de refuser d'y faire droit pour un motif autre que l'absence de discernement. Si le droit français est désormais conforme tant à l'esprit qu'à la lettre de l'article 12 de la CIDE, c'est précisément dans le but de répondre aux exigences du droit international privé de l'Union européenne. C'est en effet la volonté de mettre le droit français en conformité avec le règlement *Bruxelles II Bis* qui a motivé ce changement. Un sénateur a notamment mentionné dans son rapport que « la reconnaissance d'un droit de l'enfant à être entendu, sans autre restriction, que sa capacité de discernement, dans les procédures qui le concernent résulte d'ailleurs également du règlement communautaire n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale entré en vigueur le 1^{er} mars 2005 qui précise que l'enfant doit avoir la possibilité d'être entendu à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité »⁷⁸⁵.

Il faut donc déduire des propos qui précèdent que le droit de l'Union européenne a contraint le législateur français à réformer le droit de l'audition du mineur en matière familiale. Cette contrainte ressort particulièrement de la circulaire de la Direction des affaires

⁷⁸³ Loi n° 2007-293 réformant la protection de l'enfance, J.O. du 6 mars 2007.

⁷⁸⁴ Voir dans ce sens P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2008, spéc. n° 1073 et n° 1075.

⁷⁸⁵ Rapports n° 393 (2005-2006) et n° 205 (2006-2007) de M. le sénateur André Lardeux, fait au nom de la commission des affaires sociales, sur le projet de loi réformant la protection de l'enfance. Voir également le projet de loi n° 330 réformant la protection de l'enfance présenté par M. Xavier Bertrand, Ministre de la santé et des solidarités.

civiles et du Sceau (DACS) n° 2007-06 du 16 mars 2007⁷⁸⁶. Il en résulte que le législateur a réformé l'article 388-1 CC afin d'assurer l'effectivité des décisions rendues par la justice française en matière familiale dans l'espace judiciaire européen. La circulaire de la DACS rappelle en effet que le règlement *Bruxelles II Bis* soumet la force exécutoire d'une décision de justice française au sein de l'espace judiciaire européen à la condition que l'enfant ait eu la possibilité d'être entendu⁷⁸⁷. Cet état de fait permet de mettre en lumière le rôle bénéfique de l'intervention du droit de l'Union européenne en droit de la famille et ainsi de convaincre les auteurs les plus sceptiques⁷⁸⁸ sur la question de l'impact du droit de l'Union européenne sur la matière familiale. Dans la lignée des dispositions introduites par la loi du 5 mars 2007, le législateur a récemment consolidé le droit de l'enfant à être entendu dans le décret n° 2009-572 adopté le 20 mai 2009⁷⁸⁹. Cette mesure vient préciser les modalités de mise en œuvre du droit de l'enfant à être entendu afin notamment de pallier la disparité des pratiques entre les juridictions françaises. Les dispositions impératives du droit de l'Union européenne ne sont pas étrangères à l'amélioration du dispositif existant.

230. Il semble également que le législateur français n'est pas resté insensible à l'action incitative du Conseil de l'Europe en faveur de la promotion de la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent⁷⁹⁰. L'Assemblée parlementaire a en effet adopté la recommandation 1864 (2009)⁷⁹¹ à la suite du rapport qui lui a été remis le 2 juin 2008⁷⁹². L'Assemblée parlementaire invite le Comité des Ministres à prier instamment les gouvernements des Etats membres d'examiner leur législation, leur politique et leur pratique vis-à-vis de l'enfant lors de toutes les phases de la prise de décision afin d'évaluer dans quelle mesure les opinions de l'enfant sont entendues et prises au sérieux, de développer les actions

⁷⁸⁶ Circulaire relative à l'audition de l'enfant pour l'application du règlement « Bruxelles II Bis » concernant les décisions sur la responsabilité parentale

⁷⁸⁷ Rappelons qu'avant la loi du 5 mars 2007, l'audition de l'enfant était soumise à la discrétion du juge et qu'il a été révélé au cours des débats parlementaires qu'en pratique c'est la charge de travail trop lourde qui faisait obstacle à l'audition de l'enfant. Voir rapport n° 3256 de Valérie Pécresse, députée, au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 3184 réformant la protection de l'enfance.

⁷⁸⁸ A. Bénabent se déclarait peu convaincu par l'influence que peut exercer le droit communautaire sur le droit de la famille dans la mesure où, selon lui, les droits nationaux ont déjà intégré les notions développées par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. A. Bénabent, *La réception du droit communautaire en droit de la famille*, art. préc., spéc. p. 53.

⁷⁸⁹ J.O. du 24 mai 2009, p. 8649.

⁷⁹⁰ L. Francoz-Terminal, *Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire*, *Dr. fam.*, septembre 2009, Etudes n° 30, pp. 16- 21, spéc. p. 16.

⁷⁹¹ Recommandation intitulée « Promouvoir la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent », adoptée le 13 mars 2009.

⁷⁹² Rapport de la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, *Promouvoir la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent*, Doc. 11615. Ces rapports constituent la base des futurs textes juridiques adoptés par l'Assemblée parlementaire.

afin d'accroître la participation des enfants aux décisions les concernant et d'offrir la plus forte protection juridique possible au droit de participation de l'enfant. Cette mesure intervient dans le cadre du programme de Stockholm 2009-2011 « construire une Europe pour et avec les enfants »⁷⁹³ visant notamment à promouvoir la mise en œuvre du droit des enfants à être entendus.

231. Ces divers exemples d'influence du droit du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne sur le législateur français démontrent que ces organisations sont des acteurs clé dans l'évolution du droit interne de la famille. Le droit européen écrit, le plus souvent, n'est que la « cause partielle »⁷⁹⁴ des réformes entreprises. Les parlementaires évoquent bien d'autres arguments à l'appui de leurs propositions telle l'évolution des mœurs ou bien l'évolution du droit dans les pays voisins. Même si le droit européen écrit est un argument parmi d'autres, il n'empêche qu'il contribue à asseoir la conviction du législateur quant à l'opportunité des réformes entreprises. Parce qu'elles constituent des arguments persuasifs, ces références européennes ne doivent pas être négligées.

Elles doivent d'autant moins l'être qu'elles donnent à la réforme une assise juridique moins contestable. Le recours aux textes européens permet en effet de légitimer auprès des citoyens européens la réforme entreprise. Il est plus aisé pour eux d'intégrer une règle prescrite par les autorités européennes qu'une règle issue du droit étranger. Il peut également être relevé que les recommandations et résolutions font partie, à côté des engagements internationaux de valeur contraignante, des instruments pertinents sur lesquels le législateur s'appuie pour justifier une réforme. Aussi, est-il possible d'affirmer que ces instruments relèvent du « métalangage juridique »⁷⁹⁵ puisqu'ils stimulent les Etats et les sensibilisent sur les questions à traiter. Cela permet ainsi de confirmer les propos de M. Erik Harremoës, alors Directeur des Affaires Juridiques au Conseil de l'Europe, selon lesquels « les recommandations assurent un certain ajustement sur le plan national parce qu'elles inspirent

⁷⁹³ Adopté le 28 novembre 2008 par le Comité des Ministres.

⁷⁹⁴ J. Hauser, *L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille*, op. cit., spéc. p. 122.

⁷⁹⁵ Voir dans ce sens S. Poillot-Peruzzetto, *La diversification des méthodes de coordination des normes nationales*, *LPA*, 2004, n° 199, pp. 17-31, spéc. p. 20 et s. L'auteur parle de construction d'un métalangage par l'ordre communautaire dans le sens où il propose des principes juridiques que les instances nationales sont contraintes ou non de mettre en œuvre librement. Ainsi il désigne le droit communautaire comme « un langage matriciel qui permet de forger des sous-langages particuliers lesquels se retrouvent dans le langage source ». Cette idée est transposée au droit non contraignant du Conseil de l'Europe dans le sens où ses recommandations et résolutions mettent en exergue des principes juridiques que le législateur traduit ensuite en droit interne.

les législateurs nationaux et cela arrive plus souvent que le simple mot recommandation laisse croire »⁷⁹⁶.

B. La réception du droit européen écrit par le juge français en matière familiale

232. Par application du principe de la primauté du droit européen, le juge français est juge de droit commun de la Conv. ESDH et du droit de l'Union européenne⁷⁹⁷. Il est donc tenu d'assurer la bonne application du droit européen, voire si nécessaire écarter l'application d'une norme interne contraire au droit européen. L'analyse de la jurisprudence démontre qu'en matière familiale, son rôle de juge européen des droits de l'homme (1) est davantage développé que celui de juge du droit de l'Union européenne (2).

1. L'influence croissante du droit écrit du Conseil de l'Europe sur le juge français

233. L'analyse des arrêts de la Cour de cassation⁷⁹⁸ permet de mettre en évidence l'intérêt croissant qu'elle porte au droit européen conventionnel depuis qu'elle s'est reconnue compétente pour contrôler la conventionalité du droit interne dans son célèbre arrêt *Jacques Vabre*. D'une manière générale, l'Observatoire du droit européen de la Cour de cassation fait état de cette évolution dans son étude thématique intitulée « Les Chambres civiles de la Cour de cassation 2002-2006 et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁷⁹⁹. Il précise que les chambres civiles de la Cour de cassation ont rendu 413 arrêts mentionnant ladite Convention en 2006 contre seulement 106 en 1995⁸⁰⁰. Cette étude

⁷⁹⁶ E. Harremoës, Le Conseil de l'Europe et le droit de la famille, art.préc., spéc. p. 11.

⁷⁹⁷ Formule utilisée par G. Canivet, Allocution de bienvenue, *Les principes communs d'une justice des Etats de l'Union européenne*, Colloque des 4-5 décembre 2000, Cour de cassation, La Documentation française, 2000, spéc. p. 14.

⁷⁹⁸ Les développements qui vont suivre concerneront principalement les arrêts de la Cour de cassation en raison, d'une part, de la place occupée par celle-ci dans l'ordre judiciaire français et de son office de juge du droit et, d'autre part, des difficultés d'accès aux décisions des juges du fond et de l'ampleur des recherches qu'implique leur recensement. Il sera néanmoins fait quelques références à certaines décisions de juridictions du fond afin d'établir une comparaison pertinente avec la Cour de cassation. L'étude ne concerne pas les juridictions administratives compte-tenu du caractère privé du droit de la famille. Néanmoins, il est intéressant de relever que le Conseil d'Etat procède au contrôle d'une mesure d'expulsion au regard du droit au respect de la vie familiale de l'article 8 de la Conv. ESDH. Cela caractérise l'attention portée par la juridiction suprême administrative aux droits fondamentaux de la famille dans le cadre particulier du droit des étrangers. (CE, 18 janvier 1991, Beljoudi, Rec., 19 ; Ass., 19 avr. 1991, Dame Babas, Rec., 162, concl. R. Abraham, *R.U.D.H.*, 1991, 242 ; 10 avr. 1992, Aykan, Rec., 153 ; 10 avr. 1992, Marzini, Rec., 155) ;(plus récemment voir CE, 19 avril 2011, n° 338118 et 24 août 2011, n° 327036 et 330284).

⁷⁹⁹ Publications de l'Observatoire du droit européen, études thématiques, Les chambres civiles de la Cour de cassation 2002-2006 et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, février 2007, dans publications de la Cour de cassation.

⁸⁰⁰ Pour un aperçu général de l'influence du droit de la Conv. ESDH sur le juge français voir notamment M. Fabre et A. Gouron-Mazel, *Convention européenne des droits de l'homme. Application par le juge français*, 10

démontre également que l'article 8 combiné ou non avec l'article 14 de la Conv. ESDH ainsi que l'article 5 du protocole additionnel n° 7 relatif à l'égalité des époux font parties des dispositions les plus citées par la Cour de cassation. Aussi, il peut être supposé que la Conv. ESDH inspire largement le juge français lorsqu'il est saisi d'une affaire ayant trait au droit de la famille. S'il est vrai, en ce qui concerne le contentieux familial, que la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français a dans un premier temps très peu pris en compte le droit européen par ignorance volontaire ou méconnaissance involontaire de ce droit⁸⁰¹, aujourd'hui la tendance s'inverse et le juge français examine de plus en plus le droit national sous le prisme du droit européen. On a pu faire ce constat à partir d'une recherche experte effectuée sur le site légifrance. Seuls les arrêts⁸⁰² rendus depuis 1975 en droit de la famille et faisant référence, tant dans les moyens des parties que dans les motifs de la Cour de cassation, aux articles 8, 12 combinés ou non avec l'article 14 de la Conv. ESDH, ainsi qu'à l'article 1 du protocole additionnel n° 1 et à l'article 5 du protocole n° 7 ont été retenus⁸⁰³.

234. La démonstration porte ainsi essentiellement sur l'impact de la Conv. ESDH sur les décisions du juge français. Cela s'explique par le fait que les autres instruments du Conseil de l'Europe n'influencent que très peu voire aucunement le juge français. En effet, en élargissant les recherches aux autres instruments du Conseil de l'Europe ayant trait à la matière familiale on a pu constater que la Cour de cassation ne s'appuie sur aucun autre texte du Conseil de l'Europe pour asseoir ses décisions en droit de la famille, qu'il s'agisse de textes contraignants ou non. Il demeure néanmoins une exception. Il s'agit de la Convention dite de Luxembourg du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants. La Cour de cassation fait référence à ce texte dans deux arrêts, à la suite de leur invocation par le demandeur au pourvoi⁸⁰⁴. La Cour de cassation est donc peu encline à se fonder sur les autres conventions

ans de jurisprudence, Litec, 1998 ; M. Fabre, L'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par les juges nationaux, *LPA*, 1996, n° 93, p. 4 et s. ; A. Gouron-Mazel, La Cour de cassation face à la Convention européenne des droits de l'homme, *JCP*, G, 1996, II, 3937 ; M. Cliquennois (dir.), *La CEDH et le juge français, Vademecum de pratique professionnelle*, L'Harmattan, 1997 ; A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, 2002. Néanmoins aucune de ces études ne cible spécifiquement le contentieux familial. Pour une étude ayant trait à la question familiale, voir F. Vasseur-Lambry, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2000.

⁸⁰¹ Voir A. Debet, op. cit., n° 129 et s.

⁸⁰² publiés ou non.

⁸⁰³ Cela concerne ainsi seulement, compte-tenu de leurs compétences, les arrêts des trois chambres civiles de la Cour de cassation et quelques arrêts d'Assemblée plénière.

⁸⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1986, pourvoi n° 84 -17076, Bull., I, n° 300, p. 286 ; Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2000, pourvoi n° 98- 20436, inédit.

européennes ratifiées par la France dès lors que les parties n'en font pas état. Sans doute est-ce lié à l'absence de contrôle et de sanction par une Cour spéciale et une connaissance limitée de ces textes, qui, il faut l'avouer, ont moins de notoriété que la Conv. ESDH. Une évolution peut-être projetée à la suite de l'adoption de la loi n° 2007-1155 autorisant l'approbation de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants⁸⁰⁵ et du Décret n° 2008-36 portant publication de ladite Convention⁸⁰⁶. La Cour de cassation est souvent amenée à traiter d'affaires mettant en cause les droits procéduraux de l'enfant ou bien l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, parmi les textes les plus invoqués par la Cour pour appuyer sa décision figurent la CIDE et l'article 8 de la Conv. ESDH. Désormais applicable directement en droit français, il faut espérer que la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, davantage précise en terme de droits de l'enfant, sera préférée par les juges français aux autres instruments pour appuyer leur décision.

235. On a pu relever que 129 arrêts répondent aux critères retenus⁸⁰⁷. L'étude menée démontre que depuis 2002, il y a une nette augmentation du nombre des arrêts faisant référence aux articles de la Convention qui nous intéressent⁸⁰⁸. Cette recrudescence s'explique sans doute par une meilleure connaissance du droit européen conventionnel tant par la Cour de cassation que par les requérants, qui n'hésitent plus à invoquer la Convention à l'appui de leurs demandes. Ces chiffres ne permettent néanmoins pas de conclure à une meilleure prise en compte du droit de la Conv. ESDH par la Cour de cassation. En effet, il est regrettable de constater un nombre encore important de décisions constatant une absence de violation de la Conv. ESDH sans une véritable démonstration à l'égal de celle opérée par la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁰⁹. Dans 39 % des cas étudiés, la Cour de cassation répond de manière très sommaire aux griefs d'incompatibilité soulevés par les requérants. Par exemple, concernant les moyens tirés de l'incompatibilité entre l'article 237 du Code civil⁸¹⁰ et l'article 8 de la Conv. ESDH, la Cour de cassation a répondu que « le prononcé du divorce pour rupture de la vie commune ne peut-être contraire aux dispositions de la Convention

⁸⁰⁵ Loi du 1^{er} août 2007, J.O.R.F., n° 177, du 2 août 2007, p. 12986.

⁸⁰⁶ Décret du 10 janvier 2008 portant publication de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, adoptée à Strasbourg le 25 janvier 1996, J.O.R.F., n° 0010, du 12 janvier 2008, p. 674.

⁸⁰⁷ Il faut noter qu'entre 1975 et 1986 aucun arrêt n'a répondu à ces critères.

⁸⁰⁸ Entre 1986 et 2001, il y a une moyenne de trois arrêts par an faisant référence aux dispositions retenues contre neuf arrêts par an entre 2002 et 2011.

⁸⁰⁹ A. Debet l'avait déjà fait observer en ce qui concerne le droit civil, *op. cit.*, n° 115 et s.

⁸¹⁰ Il s'agit de l'ancien article 237 du Code civil issu de la loi 75/617 du 11 juillet 1975. Aux termes de cet article, un époux pouvait demander le divorce en raison d'une rupture prolongée de la vie commune, lorsque les époux vivaient séparés de fait depuis 6 ans.

européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁸¹¹. Ou bien concernant le grief tiré de la non-conformité de l'article 1^{er} de la loi du 11 germinal an XI aux articles 8 et 14 de la Conv. ESDH, la Cour de cassation se contente de répondre que « les dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 11 germinal an XI⁸¹² ne sont pas contraires aux articles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui se bornent à poser des principes généraux relatifs au respect de la vie privée et familiale, à la liberté de conscience et à l'interdiction des discriminations entre les individus»⁸¹³.

236. La Cour de cassation est tout aussi brève lorsqu'il s'agit de contrôler la conventionalité d'une décision. Ainsi, s'agissant du moyen tiré de la violation de l'article 8 de la Conv. ESDH par une décision prononçant une mesure d'assistance éducative, modifiant l'exercice de l'autorité parentale, ou refusant un droit de visite, la Cour de cassation se limite aux motifs suivants : « Une mesure de placement prise par un juge des enfants en matière d'assistance éducative pour protéger un mineur en danger ne saurait être contraire aux dispositions de l'article 8 de la Convention précitée »⁸¹⁴, « le respect dû à la vie privée et familiale ne fait pas obstacle à ce que le juge intervienne conformément aux pouvoirs que lui donne la loi pour modifier l'exercice de l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant »⁸¹⁵ ou « refuser un droit de visite sur un enfant afin d'assurer la protection de celui-ci »⁸¹⁶. Cette concision dénote l'absence de toute volonté d'approfondissement du contrôle de conventionalité de la part de la Cour de cassation. Aussi est-il légitime de penser que dans ces affaires, la Cour de cassation n'aurait fait aucune allusion à la Conv. ESDH si les requérants ne l'avaient pas eux-mêmes invoqués. Dans 24 % des cas étudiés, la Cour de cassation se dispense même d'un tel contrôle alors même que les parties ont invoqué une violation de la Convention. Les requérants attendent davantage de motivation⁸¹⁷ de la part d'une Cour

⁸¹¹ Cass. civ. 2^e, 25 mars 1987, n° 85- 12262, Bull., II, n° 76, p. 42 ; 13 février 1991, n° 89-19900, inédit ; Cass. Civ. 1^{re}, 30 juin 2004, n° 02- 21101, inédit.

⁸¹² Ce texte disposait que « les noms en usage dans les différents calendriers, et ceux des personnages connus dans l'histoire ancienne pourront seuls être reçus, comme prénoms, sur les registres de l'état civil destinés à constater la naissance des enfants et il est interdit aux officiers publics d'en admettre aucun autre dans leurs actes ».

⁸¹³ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} octobre 1986, n° 84- 17090, Bull., I, n° 232, p. 222.

⁸¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1994, n° 93- 05048, inédit ; 25 mai 2004, n° 03- 05118, inédit.

⁸¹⁵ Cass. 1^{re} civ., 28 octobre 2003, n° 01-14410, inédit.

⁸¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 28 octobre 2003, n° 01-01415, inédit ; 17 octobre 2007, n° 06- 18167, inédit.

⁸¹⁷ A. Touffait et A. Tunc, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation, *R.T.D. civ.* 1974, p. 487 ; C. Witz, Libre-propos d'un universitaire à l'étranger, *R.T.D. civ.* 1992, p. 737 ; P. Deumier, Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation, *Arch. phil. droit*, 2007, p. 4.

suprême chargée de contrôler la bonne application du droit. Or, la violation d'un texte européen est un argument de droit.

237. Ce « laconisme⁸¹⁸ » de la Cour de cassation est d'autant plus déconcertant que certaines juridictions du fond appréhendent avec moins de réserve leur office de juge de la conventionalité. La comparaison des arrêts des juridictions du fond et de celui de la Cour de cassation en ce qui concerne la validité du mariage homosexuel célébré à Bègles est particulièrement éloquente. Dans son arrêt du 13 mars 2007⁸¹⁹, la motivation de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation est assez « lapidaire »⁸²⁰ puisqu'elle se contente de répondre aux moyens tirés de la violation des articles 8, 12 et 14 de la Conv. ESDH que « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » et « que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme » sans justifier davantage ses propos⁸²¹. Pourtant le rapport du conseiller rapporteur et l'avis de l'avocat général suggéraient à la Cour de cassation de suivre le raisonnement de la Cour EDH.

Par contre, les juges du Tribunal de grande instance⁸²² et ceux de la Cour d'appel de Bordeaux⁸²³ ont développé un raisonnement complet comparable à celui adopté par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, les juges du fond ont contrôlé successivement la compatibilité du droit interne avec l'article 8, puis 12 et enfin 14 de la Conv. ESDH. Pour ce faire, ils ont eu recours aux méthodes de raisonnement adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme : recherche d'un dénominateur commun, d'une justification objective et raisonnable et contrôle de proportionnalité. Le plus souvent la Cour de cassation se dispense d'un tel raisonnement alors même que le requérant l'y invite expressément dans ses moyens⁸²⁴. En matière familiale, un seul arrêt de la Cour de cassation⁸²⁵ reprend le

⁸¹⁸ A. Debet, op. cit., n° 115.

⁸¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, pourvoi n° 05- 16627, Bull., I, n° 113: *R.T.D. civ.* 2007, p. 315, obs. J. Hauser ; *D.* 2007, p. 935, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2007, p. 1395, note E. Agostini. Adde H. Fulchiron, Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel, *D.* 2007, p. 1375.

⁸²⁰ I. Gallmeister, obs. précitée ss Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, spéc. p. 936.

⁸²¹ *G.P.*, n° 80, 21/ 22 mars 2007, p. 10 ; *D.*, 2007, p. 1389.

⁸²² TGI Bordeaux, 27 juillet 2004 : *D.* 2004, p. 2392, note E. Agostini et p. 2965, obs. J.-J. Lemouland ; *R.T.D. civ.* 2004, p. 719, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2004, 138, note Larribau-Terneyre et comm., n° 166, obs. M. Azavant ; *AJ Fam.* 2004, p. 407, obs. L. Attuel-Mendès ; *JCP. G.* 2004. II. 10169, note G. Kessler ; *G.P.* 2004, 3250, note de Geouffre de la Pradelle.

⁸²³ CA Bordeaux, 6^e ch. civile, 19 avril 2005 : *D.* 2005, p. 1687, obs. E. Agostini ; *Dr. fam.* 2005, comm., n° 124, note M. Azavant ; *R.T.D. civ.* 2005, p. 574, obs. J. Hauser, *D.* 2006, pan., 1414, obs. J.-J. Lemouland et Vigneau.

⁸²⁴ Pour un exemple manifeste en matière familiale, voir Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2006, pourvoi n° 03- 10409, Bull., I, n° 377, p. 324. Dans cette affaire, les requérants prétendaient que la rectification des actes de naissance de leurs enfants, opérée par le TGI de Nanterre à la requête du Procureur de la République puis confirmée par la

raisonnement de la Cour EDH et notamment celui du contrôle de proportionnalité. Aussi, pourrait-on affirmer que la Cour de cassation n'est pas encore disposée à faire sienne la méthode du juge strasbourgeois. Le poids de l'histoire sur la motivation des décisions de la Cour de cassation n'y est sans doute pas étranger. L'exigence de concision empêche en effet la Cour de cassation de mettre en évidence le raisonnement adopté en cours de délibéré. Aussi, est-il possible que la Cour de cassation ait soigneusement pris en compte le droit de la Conv. ESDH sans en rendre compte dans sa décision.

Le jugement du Tribunal de grande instance de Bordeaux appelle quelques remarques. Il convient, en effet, de noter le souci d'exhaustivité des juges du fond dans la motivation de leur décision, ce qui lui a valu d'être qualifiée d'« exemplaire »⁸²⁶. Ceux-ci ont en effet relevé que la reconnaissance sociale et juridique du couple homosexuel opéré à travers la loi sur le PACS répond aux préconisations du parlement européen dans sa résolution du 8 février 1994, par laquelle il invite les Etats membres à adopter des mesures en faveur de l'égalité des droits par l'adoption de contrats d'union civile. Il est en outre étonnant d'observer que les juges du fond ont recherché l'existence ou non d'un consensus européen sur la question, alors même que la Cour de cassation n'a encore jamais procédé de la sorte.

238. On a pu également relever une nouvelle tendance dans la pratique de la Cour de cassation. En effet, depuis 1994, la Cour multiplie les références spontanées à la Conv. ESH en vue de pallier les carences législatives. Les décisions de la Cour sur le sort des répudiations musulmanes en France sont caractéristiques d'une telle démarche. En l'absence de texte français reconnaissant expressément l'égalité des époux dans la dissolution du mariage⁸²⁷, la

CA de Versailles, sur le fondement du principe de l'immutabilité du nom constituait une ingérence dans leur vie privée et familiale manifestement disproportionnée au but poursuivi par l'application du principe d'immutabilité. Après avoir reconnu une atteinte à la vie privée et familiale des demandeurs, la Cour de cassation s'est contentée de légitimer la rectification de leur état civil par la protection de l'intérêt général sans même faire état de ce qui relevait de cet intérêt général et contrôler le juste équilibre entre ce dernier et celui des requérants.

⁸²⁵ Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2004, pourvoi n° 02- 12799, Bull., I, n° 144, p. 119: *JCP*, G, 2005, II, 10032, note C. Lefeuvre ; *Dr. fam.*, 2004, comm., 153, note B. Beignier ; *Defr.*, 2004, p. 1687, obs. J. Massip ; *AJ Fam.*, 2004, p. 410, obs. F. Bicheron. Dans cette affaire, les requérantes prétendaient que l'article 2 de la loi n° 82- 536 du 25 juin 1982 introduisait une discrimination injustifiée au détriment des enfants naturels n'ayant pas fait l'objet d'une reconnaissance volontaire. La Cour de cassation répond que « la distinction opérée par l'article 2 de la loi n° 82-536 du 25 juin 1982 entre les enfants naturels selon le mode d'établissement de leur filiation présente une justification objective et raisonnable en ce que, d'une part, elle poursuit le but légitime d'assurer la paix des familles en préservant les droits acquis, d'autre part, elle respecte un rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, dès lors que les enfants naturels dont la loi précitée a permis l'établissement de la filiation ne se voient privés de leurs droits que dans les successions déjà liquidées ».

⁸²⁶ G. Kessler, *JCP*, G, II, 10169, note préc. sous TGI Bordeaux.

⁸²⁷ Aucune disposition du Code civil français ne reconnaît expressément le principe d'égalité entre les époux. Il est divers textes qui mettent en œuvre ce principe dans divers domaines sans pour autant le reconnaître de manière générale.

Cour de cassation s'est fondée sur l'article 5 du protocole n° 7 de la Conv. ESDH⁸²⁸, lequel impose l'égalité de droits et de responsabilité des époux lors de la dissolution du mariage, pour faire de ce principe européen une règle de l'ordre public français⁸²⁹. Il s'agit là d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation⁸³⁰. Dans ces arrêts, la Cour vise l'article 5 du protocole n° 7 voire même le soulève d'office pour « neutraliser »⁸³¹ les effets en France d'une répudiation prononcée à l'étranger et bafouant tant l'égalité procédurale que l'égalité de fond des époux au moment de la dissolution du mariage⁸³². L'argument européen est venu se substituer à des fondements en voie d'essoufflement⁸³³ tels que la fraude au jugement⁸³⁴ ou la fraude aux droits de la défense⁸³⁵. En outre, le fait de relever d'office ces moyens de droit, démontre que la Cour de cassation n'hésite plus à puiser dans le droit de la Conv. ESDH pour combler un vide juridique. En faisant prévaloir la Conv. ESDH sur la convention franco-

⁸²⁸ Protocole du 22 novembre 1984, publié en France par Décret n° 89- 37 du 24 janvier 1989 et applicable en France depuis le 1^{er} novembre 1988, *J.D.I.*, 1989, 470. L'article 5 est ainsi rédigé : « Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilité de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les Etats de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants ».

⁸²⁹ Voir dans ce sens S. Sarolea, *L'ordre public international et la Convention européenne des droits de l'homme en matière de filiation*, *R.T.D. fam. belge*, 1996, p. 141 s., spéc. p. 156. L'auteur écrit « lorsque la Convention européenne des droits de l'homme inspire l'ordre public des Etats qui y sont parties, sur le plan du droit privé, ce n'est pas en tant que traité qu'elle intervient, mais en tant que contenu de l'ordre public qui est le contenant ».

⁸³⁰ Cass.civ., 1^{re}, 1^{er} juin 1994 : *R.C.D.I.P.* 1995, p. 103, 2^e esp., note J. Deprez, *D.* 1995, p. 263, note J. Massip ; *GADIP* n° 64 ; Cass. Civ., 1^{re}, 31 janvier 1995 : *J.D.I.*, 1995, p.343, Ph. Kahn, *R.C.D.I.P.* 1995, p. 569, note J. Deprez, *R.T.D. civ.*, 1996, p.514, obs. J.-P. Marguénaud ; Cass. Civ., 1^{re}, 19 décembre 1995 : *JCP. G.* 1996. IV, p.365, *D.* 1996, IR, p.31. ; Cass. Civ., 1^{re}, 11 mars 1997 : *D.* 1997, p. 400, M.-L. Niboyet, *JCP. G.* 1998. I, p.101, note H. Fulchiron, *R.T.D. civ.* 1998, p.520, obs. J.-P. Marguénaud, *J.D.I.* 1998, p. 110, note Ph. Kahn ; Cass. Civ., 1^{re}, 27 janvier 1998, pourvoi n° 95- 14453, inédit ; 5 janvier 1999, pourvoi n° 96- 14535, Bull., I, n° 7, p. 4 : *D.* 1999, p. 671, note E. Agostini ; *Dr. fam.* 2000, comm. n° 54, note H. Fulchiron ; 3 mai 2000, pourvoi n° 97-20930, inédit ; 17 février 2004 (2 arrêts), pourvoi n° 01- 11549, Bull., I, n° 47, p. 38 et pourvoi n° 02- 11618, Bull., I, n° 48, p. 39 : *D.* 2004, IR, p. 606 ; *G.P.* 25 et 26 février 2004, p. 31, note M.-L. Niboyet ; *AJ Fam.* 2004, n° 4, p.140, obs. S. David ; *JCP. G.* 2004. II. 10128, comm. H. Fulchiron ; 25 octobre 2005, pourvoi n° 03- 20845, Bull., I, n° 379, p. 316 ; 3 janvier 2006, pourvoi n° 04- 15231, Bull., I, n° 2, p. 2 ; 14 mars 2006 (2 arrêts), pourvoi n° 05- 13921, inédit et pourvoi n° 04- 17254, inédit ; 10 mai 2006 (2 arrêts), pourvoi n° 05- 15707, Bull., I, n° 225, p. 197 et pourvoi n° 04- 19444, Bull., I, n° 224, p. 196 ; 7 juin 2006, pourvoi n° 04- 17219, inédit ; 20 septembre 2006 (2 arrêts), pourvoi n° 04- 16534, Bull., I, n° 407, p. 351 et pourvoi n° 05- 20507, Bull., I, n° 406, p. 351 ; 22 mai 2007, pourvoi n° 06- 10433, inédit ; 10 juillet 2007, pourvoi n° 06- 19083, inédit ; 19 septembre 2007, pourvoi n° 06- 19577, Bull., I, n° 280 ; 17 octobre 2007, pourvoi n° 06- 21962, inédit ; 31 octobre 2007, pourvoi n° 06- 20799, inédit ; 6 février 2008, n° 06- 21870, inédit ; 20 février 2008, pourvoi n° 07- 14469, inédit et 17 juin 2009, pourvoi n° 07- 21292, inédit.

⁸³¹ M.-C. Meyzeaud-Garaud, Un principe de la CEDH pour neutraliser les répudiations marocaines : l'égalité entre époux, *Dr. fam.*, 1998, p. 4.

⁸³² Voir dans ce sens M.-L. Niboyet, note sous Cass. 1^{re} civ., 11 mars 1997, *D.* 1997, p. 400.

⁸³³ M.-C. Meyzeaud-Garaud, Un principe de la CEDH pour neutraliser les répudiations marocaines : l'égalité entre époux, article préc., spéc. p. 8 et s.

⁸³⁴ Cass. 1^{re} civ., 6 juin 1990, Akla : *D.*, 1990, somm., p. 263, obs. B. Audit ; *R.C.D.I.P.* 1991, p.593, note P. Courbe (1^{re} esp.) ; 13 déc. 1994 : *J.D.I.* 1995, p. 343, note Ph. Kahn. ; 18 juill. 1995 : *D.* 1995, IR, p. 204.

⁸³⁵ Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1992, *D.* 1993, p. 476, note Saidi ; *Defr.* 1993, art. 35484, n° 2, note J. Massip ; Cass. 2^e civ., 14 mars 2002, *JCP.G.* 2002. II. 10095, note H. Fulchiron.

marocaine, la Cour de cassation avaliserait ainsi la jurisprudence de la Cour EDH selon laquelle la Conv. ESDH serait un « instrument constitutionnel de l'ordre public européen »⁸³⁶.

Selon certains auteurs, la Cour aurait instrumentalisé la Convention afin de « mettre en échec une institution qu'elle juge inacceptable »⁸³⁷. Le texte européen s'apparenterait donc davantage à un argument de confort qu'à une réelle volonté de la Cour de cassation d'assurer le respect de l'égalité des époux. Deux arrêts permettent de réfuter cette idée. D'une part, la Cour de cassation n'a pas hésité à appliquer l'article 5 du protocole n° 7 de la Conv. ESDH afin de remettre en cause les conséquences de la dissolution d'un mariage prononcé par les autorités suisses dans l'arrêt *Vialaron* du 24 février 1998⁸³⁸. Et d'autre part, la répudiation n'est pas la seule hypothèse où la Cour de cassation a confronté une loi étrangère aux dispositions de la Conv. ESDH. En matière d'adoption, la Haute juridiction a vérifié que la loi étrangère applicable n'était contraire « ni à la conception française de l'ordre public international, ni aux dispositions de la CEDH, ni à celles du pacte international des Nations-Unies relatif aux droits civils et politiques »⁸³⁹. Ces exemples illustrent bien l'idée selon laquelle « pour purger le droit international privé et le droit civil de certains archaïsmes, la Cour de cassation, longtemps réticente, n'hésite plus à appliquer directement la Conv.EDH sans attendre la jurisprudence de la Cour de Strasbourg laquelle ne s'est encore jamais prononcée sur la mise en œuvre de l'article 5 du protocole n° 7 »⁸⁴⁰. Dans ces multiples arrêts la Cour de cassation joue pleinement son rôle de juge des droits de l'homme de droit commun lorsqu'elle déclare que ce texte « s'impose directement au juge français à qui il appartenait de rétablir l'égalité des droits entre les époux »⁸⁴¹ dès lors que « la France s'est engagée à garantir [cette égalité] à toute personne relevant de sa juridiction »⁸⁴².

⁸³⁶ Cour EDH, arrêt *Loisidou c/ Turquie*, 23 mars 1995, *R.U.D.H.* 1995, p. 130 s. Voir également arrêt *Soering c/ Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A, n° 161.

⁸³⁷ J.-P. Marguénaud, *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation Française, 2001, p. 114.

⁸³⁸ Cass. 1^{re} civ., 24 février 1998, pourvoi n° 95- 18646 et 95- 18647, Bull., I, n° 71, p. 47 : *JCP. G.* 1998. II. 10175, obs. T. Vignal.

⁸³⁹ Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 1990, *R.C.D.I.P.* 1990, p. 519, note Poisson-Drocourt ; *JCP. G.* II. 21635, note Muir-Watt.

⁸⁴⁰ J.-P. Marguénaud, La répudiation refoulée au nom de l'égalité des époux, *R.T.D. civ.* 1996, p. 514, spéc. p. 515. En outre, selon l'auteur, « quand la voie est libre de toute interprétation européenne à laquelle il faudrait se soumettre, elle n'hésite pas à faire produire à la Convention européenne des droits de l'homme des conséquences inédites de nature à rappeler à tous et à chacun que, en matière de protection des droits de l'homme, la France est à l'avant-garde ». Voir obs. ss Cass. 1^{re} civ., 11 mars 1997, *R.T.D. civ.* 1998. 520.

⁸⁴¹ Civ. 1^{ère}, arrêt du 24 février 1998, précité.

⁸⁴² Civ. 1^{ère}, arrêt du 27 janvier 1998, précité.

239. Elle a renouvelé cette initiative en procédant à l'application rétrospective de l'adage « *mater semper certa est* », sur le fondement des articles 8 et 14 de la Conv.ESDH à des situations exclues du champ d'application de l'ordonnance du 4 juillet 2005⁸⁴³. Dans ces arrêts, pour la plupart ayant trait à une action en déclaration de nationalité, la Cour de cassation puise dans le droit de la Convention afin de relayer l'action législative et s'assurer de la protection des droits fondamentaux de la famille aux situations non visées par la loi nationale. Cela démontre une nouvelle fois que le juge français fait usage du droit européen à titre subsidiaire.

2. L'influence récente du droit de l'Union européenne sur le juge français

240. M. Massip relevait en 1994 qu'il n'avait pas connaissance dans la jurisprudence française de décisions faisant application en matière de droits des personnes et de la famille de dispositions du droit communautaire⁸⁴⁴. Cette affirmation ne se vérifie plus. S'il est vrai qu'en 1994 aucune décision de la Cour de cassation ne faisait référence à une norme de l'Union européenne dans des litiges familiaux, c'est précisément parce que le droit de l'Union ne s'était pas encore penché sur la question. Il faut en effet rappeler que l'Union européenne s'est véritablement intéressée au fond du droit de la famille à compter de la fin des années 1990. En ce qui concerne le droit substantiel de la famille, les institutions de l'Union européenne n'ont pas encore adopté de textes contraignants. Diverses résolutions ont été prises en la matière, mais aucun arrêt de la Cour de cassation ne s'y réfère. Cela relève de la logique juridique. La nature de ces textes implique qu'ils ne s'adressent qu'aux autorités normatives des Etats membres. Ils sont en effet des suggestions d'évolution faites aux Etats membres sans pouvoir contraignant. Il est donc normal que ces textes n'exercent d'influence que sur les autorités normatives.

241. Une évolution se profile à la lumière de l'arrêt de la Cour de cassation ayant déclaré le mariage homosexuel illégal⁸⁴⁵. Pour la première fois, en matière familiale, la Cour de cassation s'est référée tant au droit du Conseil de l'Europe qu'au droit de l'Union européenne. La Cour de cassation a en effet déclaré que l'exigence d'altérité des sexes comme condition

⁸⁴³ Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, pourvoi n° 06- 16675, inédit ; Civ. 1^{ère}, 12 décembre 2006, pourvoi n° 05- 14049, inédit ; 14 février 2006, pourvoi n° 05-13006, Bull., I, n° 73, p. 72 ; 25 avril 2006 (2 arrêts), pourvois n° 04-19341 et 05- 16841, inédits.

⁸⁴⁴ J. Massip, L'application par la jurisprudence française des normes supranationales de droit de la famille, dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, op. cit., pp. 135-144, spéc. p. 135.

⁸⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, précité.

de validité du mariage en droit français ne contrevenait ni aux dispositions de la Conv. ESDH ni à celles de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et plus particulièrement à l'article 9 tout en précisant que ce dernier texte n'avait pas de force contraignante. Cette précision aurait pu laisser supposer, de la part de la Cour de cassation, une multiplication des références à cet instrument une fois la force contraignante acquise. Or, il convient de relever, qu'en matière familiale, aucune décision rendue par la Cour de cassation depuis le 1^{er} décembre 2009 n'évoque la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Seuls les arrêts ayant trait à des questions pénales, sociales ou commerciales y renvoient. La vocation économique de l'Union européenne semble être profondément inscrite dans l'esprit des citoyens européens. Il faut donc en conclure qu'en matière familiale les autres sources internationales telles que la Conv. ESDH ou la CIDE sont privilégiées par les requérants, qui n'ont pas encore le réflexe de se prévaloir des dispositions de la Charte des droits fondamentaux à l'appui de leurs actions.

242. En ce qui concerne le droit international privé de la famille, la Cour de cassation assume déjà pleinement son rôle de juge du droit de l'Union européenne de droit commun⁸⁴⁶. En effet, bon nombre de décisions de la Cour de cassation font application des règlements relatifs aux conflits de juridictions en matière familiale. Ainsi que l'y invite ces textes⁸⁴⁷, la Cour de cassation n'hésite d'ailleurs pas à relever d'office le moyen tiré de leur application afin de retenir ou écarter la compétence du juge français et à censurer les cours d'appel ayant ignoré le principe de primauté du droit international privé de l'Union européenne sur les règles françaises de droit international privé. A titre d'exemple, dans un célèbre arrêt en date du 22 février 2005, la première chambre civile de la Cour de cassation a rappelé que le juge français ne peut pas se déclarer incompétent en raison d'une renonciation du demandeur au privilège de juridiction de l'article 14 du Code civil, dès lors qu'il est compétent sur la base de l'article 3 du règlement *Bruxelles II Bis*. En conséquence, la Cour de cassation invite les juges du fond, lorsqu'ils sont en présence d'un élément d'extranéité⁸⁴⁸, à « refouler les règles

⁸⁴⁶ L. Azoulai, Application du droit communautaire par la Cour de cassation (juillet 2008-juin 2009), *Europe*, 2009, n° 12, chron. n° 2, spéc. p. 4.

⁸⁴⁷ Voir l'article 17 du règlement *Bruxelles II Bis* reprenant l'article 9 du règlement *Bruxelles II* et les articles 25 et 26 du règlement *Bruxelles I* reprenant les articles 19 et 20 alinéa 1^{er} de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.

⁸⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 22 févr. 2005, pourvoi n° 02-20.409, Bull., I, n° 89, p. 78 : *D.*, 2005, jur., p. 1459, note S. Sana-Chaillé de Néré ; *R.J.P.F.*, 2005-5/ 24, p. 16, obs. Th. Garé ; *G.P.*, 2005, 1, p. 23, A. Boiché ; *Defr.*, 2005, art. 38129, p. 1330, note R. Crône ; *Defr.*, 2005, art. 38129, p. 1348, note J. Massip.

nationales »⁸⁴⁹, pour rechercher *a priori* si leur compétence repose sur le droit de l'Union européenne. Les règles nationales de droit international privé sont ainsi réduites à « une vocation résiduelle »⁸⁵⁰. La Cour de cassation l'a expressément rappelé dans son arrêt rendu le 30 septembre 2009 au visa de l'article 7 du Règlement CE du 27 novembre 2003, de l'article 1070 du code de procédure civile et de l'article 14 du Code civil. Elle énonce en effet que « selon le premier de ces textes lorsqu'aucune juridiction d'un Etat membre n'est compétente en vertu des articles 3, 4 et 5 du Règlement, la compétence est, dans chaque Etat, réglée par la loi de cet Etat »⁸⁵¹.

La Cour de cassation est très attachée à ce principe de primauté du droit de l'Union européenne puisqu'elle n'hésite pas à substituer le motif de pur droit tiré de l'application du droit de l'Union à celui de droit interne invoqué par les juges du fond pour fonder la compétence du juge français, et ce alors même que les deux textes aboutissent à la même solution⁸⁵². Dans cette affaire, la cour d'appel avait retenu, dans le cadre d'une procédure de divorce impliquant un élément d'extranéité, la compétence du juge français sur le fondement de l'article 1070 du Nouveau code de procédure civile, c'est-à-dire en raison de la domiciliation du couple en France à la date du dépôt de la requête en divorce. De son côté, la Cour de cassation a confirmé la compétence du juge français sur le fondement de l'article 2 du Règlement *Bruxelles II bis* et plus particulièrement en raison de la nationalité française des deux époux⁸⁵³. La Haute juridiction française se présente ainsi véritablement comme « le gardien de la bonne application »⁸⁵⁴ des règlements de l'Union européenne. Cette fonction du juge national est vouée à se développer compte tenu du nombre croissant d'instruments récemment adoptés ou en cours d'adoption en matière de divorce, successions et régimes matrimoniaux.

⁸⁴⁹ A. Boiché, La primauté du droit européen sur le droit interne, *G.P.*, 7-8 juillet 2006, p. 28- 30.

⁸⁵⁰ A. Devers, Les relations entre le règlement *Bruxelles II bis* et les autres normes de droit international privé, *R.L.D.C.* 2005, n° 20, p. 72, spéc. p.74.

⁸⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2009, pourvoi n° 08-19793, publié.

⁸⁵² Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2007, pourvoi n° 06-15381, Bull., I, n° 157.

⁸⁵³ Pour un autre exemple, voir également Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2006, pourvoi n° 04-11088, Bull., I, n° 537, p. 478.

⁸⁵⁴ M.-L. Niboyet, Office du juge : vérification et exercice de la compétence, *Dr. et patr.*, 2005, n° 138, p. 75 et s., spéc. pp. 76 et 77.

§ 2. L'impact de la jurisprudence européenne sur l'ordre juridique français

243. L'interprétation évolutive des cours européennes contribue à mettre en lumière des évolutions nécessaires en droit de la famille. Si le législateur français ne se cache pas d'en tirer les conséquences en les traduisant dans une réforme (A), la Cour de cassation se veut des plus discrètes sur la question de l'influence de la jurisprudence européenne sur ses arrêts (B).

A. L'influence notoire de la jurisprudence européenne sur le législateur français

244. La jurisprudence de la Cour européenne parce qu'elle est « indissociable »⁸⁵⁵ de la Convention dont elle assure le respect en l'interprétant « à la lumière des conditions d'aujourd'hui » oriente également les réformes entreprises par le législateur en droit de la famille. Parfois, la prise en compte de la jurisprudence européenne est provoquée par une condamnation de la France par la Cour (1), et d'autres fois, elle est spontanée puisqu'elle fait suite à la condamnation d'un autre Etat (2).

1. La prise en compte provoquée de la jurisprudence européenne

245. La loi portant réforme des droits successoraux de l'enfant adultérin illustre parfaitement cette hypothèse. La loi n° 2001-1135⁸⁵⁶ a, en effet, eu pour objectif principal de se conformer à la lettre de l'arrêt *Mazurek* rendu par la Cour EDH le 1^{er} février 2000⁸⁵⁷. Dans cette affaire⁸⁵⁸, la Cour de Strasbourg avait condamné la France pour discrimination envers les enfants adultérins, sur la base combinée de l'article 1^{er} du protocole n°1 garantissant le droit de propriété et de l'article 14 de la Conv. ESDH proscrivant toute discrimination, en particulier, celles qui sont liées à la naissance. Lors des débats parlementaires, Madame Lebranchu, Garde des Sceaux, et Madame Royal, Ministre déléguée à la famille et à l'enfance, ont fait état de la condamnation de la France qui rendait, selon elles, la réforme

⁸⁵⁵ J.-P. Marguénaud, CEDH et droit privé. *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, op. cit., spéc., p. 105.

⁸⁵⁶ Loi n° 2001-135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, J.O. du 4 décembre 2001.

⁸⁵⁷ J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 5^e éd., 2010, p. 2 ; F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 552.

⁸⁵⁸ Cour EDH, 1^{er} févr. 2000, aff. *Mazurek c/ France* : JCP. G. 2000. I. 278, R. Le Guidec et II, 10286, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *D.* 2000, p. 332, note J. Thierry ; *R.T.D. civ.* 2000, p. 429, obs. J.-P. Marguénaud et J. Raynard et p. 311, obs. J. Hauser ; *Dr. et patr.* 2000, n° 82, p. 56, note P. Stoffel-Munck ; *Deffr.* 2000, p. 654, obs. J. Massip.

encore plus urgente⁸⁵⁹. L'analyse des débats juridiques ayant précédé cette réforme permet d'affirmer qu'en la matière c'est la jurisprudence de la Cour EDH qui a contraint le législateur à réformer la vocation successorale des enfants adultérins⁸⁶⁰.

246. En effet, une telle évolution, pourtant suggérée dès 1979 par la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, n'a jamais été retenue. Les arrêts *Marckx*⁸⁶¹, *Johnston*⁸⁶², *Inze*⁸⁶³ et *Vermeire*⁸⁶⁴ rendus successivement par la Cour EDH et jugeant contraire à la Conv. ESDH des règles réduisant les droits des enfants nés hors mariage à recueillir les biens de leurs parents appelaient déjà une telle évolution en droit français. L'inconventionalité du droit français induite par les différents arrêts de la Cour EDH n'avait pas convaincu le législateur à supprimer les articles du Code civil⁸⁶⁵ confinant l'enfant adultérin dans une situation inégalitaire. Cette réforme avait pourtant été proposée en 1991 par M. Sapin, alors Ministre délégué à la justice dans son projet de loi n° 2530, présenté à l'Assemblée Nationale le 30 décembre 1991⁸⁶⁶ et dont l'un des trois objectifs principaux était « d'aligner la situation successorale des enfants adultérins sur celle des autres enfants »⁸⁶⁷. Selon l'exposé des motifs, il apparaissait « plus que jamais contestable de faire supporter par l'enfant les conséquences de la faute de son auteur, à l'heure où le principe de non-discrimination, en particulier en raison de la naissance, est réaffirmé en droit international : la Convention de l'ONU du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant impose aux Etats,

⁸⁵⁹ J.O.A.N., débats parlementaires, n°12, 7 février 2001, compte-rendu intégral de la séance du 6 février 2001, pp. 1101 et 1112.

⁸⁶⁰ Voir rapport n° 378, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale relative aux droits du conjoint survivant, la proposition de loi de M. Nicolas About visant à améliorer les droits et les conditions d'existence des conjoints survivants et à instaurer dans le Code civil une égalité successorale entre les enfants légitimes et les enfants naturels ou adultérins, par M. le sénateur Nicolas About et le rapport d'information n° 370 fait au nom de la délégation du Sénat aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur la proposition de loi n° 224 (2000-2001) adoptée par l'Assemblée nationale relative aux droits du conjoint survivant, la proposition de loi n° 211 (2000-2001) de M. Nicolas About visant à améliorer les droits et les conditions d'existence des conjoints survivants et à instaurer dans le Code civil une égalité successorale entre les enfants légitimes et les enfants naturels ou adultérins, par M. le sénateur Philippe Nachbar. Le rapport fait clairement apparaître que la réforme du statut des enfants adultérins a été accélérée par l'arrêt *Mazurek*.

⁸⁶¹ Arrêt *Marckx contre Belgique*, 13 juin 1979, A. 31 : *J.T.* 1979, p. 513, obs. F. Rigaux ; *A.F.D.I.* 1980, p. 317, obs. Pelloux ; *J.D.I.* 1982, p. 183, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, p. 519.

⁸⁶² arrêt *Johnston contre Irlande* du 18 décembre 1986 : *A.F.D.I.* 1987, 239, obs. V. Coussirat- Coustère ; *J.D.I.* 1987, 812, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, p. 555.

⁸⁶³ arrêt *Inze contre Autriche* du 28 octobre 1987, A. 126.

⁸⁶⁴ l'arrêt *Vermeire contre Belgique* du 29 novembre 1991.

⁸⁶⁵ Articles 334 al. 2, 334-7, 759 à 764, 767 al. 3, 908, 908-1, 915-1 et 1097-1 du Code civil.

⁸⁶⁶ J.O.A.N., Doc., Session 1991-1992, Projet de loi n° 2530 modifiant le Code civil et relatif aux droits des héritiers, présenté par M. Sapin.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, Exposé des motifs, p.2.

comme l'avait déjà fait la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, de garantir les droits qu'elle reconnaît sans distinction de naissance »⁸⁶⁸. Malgré ces arguments de droit international solides, le projet de loi n'avait pas abouti et toute idée d'amélioration du sort des enfants adultérins a été abandonnée. La question avait en effet disparu des projets de loi ayant suivi⁸⁶⁹. Cette attitude du législateur dénote une nouvelle fois sa réticence à admettre toute autorité *erga omnes* de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. La question de l'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme a fait l'objet de nombreux débats. Pour les opposants très attachés au respect des souverainetés nationales les arrêts de la Cour européenne ne sont revêtus que d'une autorité relative de la chose jugée conformément à l'article 46 de la Conv.ESDH. Corrélativement, l'Etat n'est pas lié par l'interprétation donnée par la Cour dans des affaires impliquant d'autres Etats. Néanmoins la Cour européenne a entendu attribuer à ses arrêts une autorité de la chose interprétée *erga omnes*⁸⁷⁰.

247. Il convient de relever qu'initialement le projet de loi de M. Vidalies avait pour seul objet d'accroître les droits successoraux ab intestat du conjoint survivant⁸⁷¹ et que c'est par un amendement⁸⁷² ajouté en cours de débat par l'auteur du projet de loi, alors rapporteur, qui a introduit une disposition supprimant du Code civil toute référence aux enfants adultérins, alignant de ce fait les droits de ces enfants sur ceux de l'ensemble des enfants naturels. C'est essentiellement l'arrêt Mazurek qui a motivé ce soudain regain d'intérêt pour le sort des enfants adultérins. L'intervention de M. le rapporteur Alain Vidalies à l'occasion de la séance publique du 6 février 2001 est des plus significatives lorsqu'il déclare : « il est une autre série de dispositions dont beaucoup soulignaient l'urgence d'une réforme, c'est la place singulière faite à l'enfant adultérin dont les droits sont limités à la moitié des droits reconnus aux autres enfants légitimes ou naturels. La France a été récemment condamnée par la Cour EDH qui a sanctionné le maintien de cette législation restrictive dans notre droit positif. Une telle

⁸⁶⁸ *Ibid.*, Exposé des motifs, p.10.

⁸⁶⁹ J.O.A.N., Doc., session 1994-1995, Projet de loi n° 1941 modifiant le Code civil et relatif aux successions présenté par M. P. Méhaignerie.

⁸⁷⁰ Voir l'arrêt *Vermeire* rendu par la Cour le 29 novembre 1991. La Cour précise que les « arrêts de la Cour EDH ont un caractère obligatoire pour les juridictions suprêmes nationales qui sont tenues de s'y conformer dans toutes les affaires similaires dont elles auraient ultérieurement à connaître ». Cette jurisprudence a été consolidée par l'arrêt *Grant c. Royaume-Uni* du 23 mai 2006. Voir également arrêt *Irlande c. Royaume Uni* du 18 janvier 1978 et *Modinos c. Chypre* du 22 avril 1993.

⁸⁷¹ Le projet de loi ne contenait en effet que cinq articles ayant trait exclusivement aux droits des conjoints survivants.

⁸⁷² Devenu l'article 9 de la loi.

condamnation exige que nous modifions le Code civil en supprimant le statut archaïque de l'enfant adultérin »⁸⁷³. Dans cette hypothèse la jurisprudence européenne a exercé une influence importante puisqu'elle a bousculé l'attentisme du législateur et permis d'accélérer le processus législatif⁸⁷⁴. Il suffit de reprendre les propos de la Garde des Sceaux pour en rendre compte. « Le gouvernement avait inscrit cette réforme dans le cadre plus global du projet de loi relatif à la famille. Mais, en raison de l'urgence de mettre notre droit en conformité avec les grands principes européens, on ne peut que se féliciter du choix de l'inscrire dans le premier texte normatif qui traite des rapports au sein de la famille⁸⁷⁵ ». Le législateur tirant les leçons de la condamnation prononcée par la Cour EDH. a été contraint de modifier « la règle générale attentatoire aux droits de l'Homme »⁸⁷⁶.

248. Cet infléchissement législatif est prévu à l'article 46 de la Conv. ESDH. Conformément à ce texte, les Etats membres s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels ils sont parties et ont l'obligation de prendre les mesures individuelles propres à corriger la violation constatée dans chaque cas d'espèce. Même s'il ne résulte pas de cette disposition une obligation pour l'Etat de modifier le texte fustigé, le risque d'un nouveau constat de violation et le poids politique et médiatique de ces condamnations contraint le législateur à réformer en conformité avec la Conv. ESDH telle qu'interprétée par la Cour EDH. L'intervention de Mme Royal, Ministre déléguée à la famille, fait état d'un certain malaise politique engendré par la condamnation de la France lorsqu'elle précise : « Devant mes collègues ministres européens de l'enfance réunis à Paris le 20 novembre dernier à l'occasion de l'anniversaire de l'adoption de la CIDE par l'Assemblée générale des Nations Unies et alors que nous réfléchissions à la manière de promouvoir ensemble une Europe de l'enfance plus protectrice, j'ai publiquement rappelé l'engagement de la France de traduire en droit interne la CIDE afin que celle-ci s'applique totalement dans notre pays »⁸⁷⁷. Cette précision dénote l'embarras dans lequel s'est trouvée la Ministre française face à ses

⁸⁷³ J.O.A.N., débats parlementaires, n° 12, 7 février 2001, Compte-rendu intégral de la séance du 6 février 2001, p. 1096.

⁸⁷⁴ Voir dans ce sens J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, op. cit., p. 135. L'auteur relève que les arrêts de la Cour EDH peuvent parfois « servir d'aiguillon pour accélérer l'évolution » de certaines règles du droit français .

⁸⁷⁵ J.O.A.N., débats parlementaires, n° 12, 7 février 2001, Compte-rendu intégral de la séance du 6 février 2001, pp. 1101 et 1102.

⁸⁷⁶ J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, op. cit., p.152.

⁸⁷⁷ J.O.A.N., débats parlementaires, n° 12, 7 février 2001, Compte-rendu intégral de la séance du 6 février 2001, p.1112.

homologues européens et sa volonté de ne pas décrédibiliser l'engagement de la France dans le cadre de la politique européenne en matière de protection des droits de l'enfant.

La Cour européenne a ainsi joué le « rôle de l'éveilleur de conscience juridique dont nous avons besoin pour nous débarrasser de nos archaïsmes »⁸⁷⁸. On peut encore parler de « forçage des droits nationaux » dans le sens où cet arrêt a permis de « vaincre les résistances et les lenteurs parlementaires »⁸⁷⁹. Ou bien, ainsi que le suggère un auteur, « c'est la Cour européenne des Droits de l'Homme qui a insufflé au législateur français le supplément de courage qu'il lui fallait pour abroger les dispositions du Code civil frappant de façon discriminatoire les enfants adultérins »⁸⁸⁰.

2. La prise en compte spontanée de la jurisprudence européenne

249. Si dans l'arrêt *Mazurek* la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme a résulté de l'obstination du législateur à ne pas tirer les conséquences dans son ordre juridique des arrêts rendus à l'encontre d'autres Etats européens, cette expérience l'a conduit à reconsidérer sa position et à prendre en compte la jurisprudence de la Cour européenne de manière beaucoup plus spontanée dans le cadre des réformes du droit de la famille. La question du droit d'accès à ses origines personnelles en est un exemple patent. Les raisons juridiques avancées à l'appui d'une évolution du droit français à ce sujet ont en effet tenu à l'incompatibilité de notre droit avec divers arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Si la Convention ne prévoit pas expressément un droit à la connaissance de ses origines, la Cour de Strasbourg s'est prononcée à plusieurs reprises sur l'existence d'un droit à connaître la vérité sur son histoire personnelle en se fondant sur l'article 8 de la Convention. Il s'agit des arrêts *Keegan*⁸⁸¹ et *Gaskin*⁸⁸². Dans ces arrêts, la Cour a considéré que sous certaines précautions un requérant avait un intérêt primordial à recevoir tout renseignement nécessaire pour connaître et comprendre son enfance. Toutefois la Cour n'a pas déduit de l'article 8 un droit absolu pour chacun à connaître ses origines puisqu'elle a admis la nécessaire confidentialité de certaines données recueillies lors du placement d'un enfant. Elle

⁸⁷⁸ Expression empruntée à J.-P. Marguénaud, dans *La Cour européenne des droits de l'homme*, op. préc., p.168.

⁸⁷⁹ M.-T. Meulders-Klein, Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ?, dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, op. cit., pp. 179-213, spéc. p.191.

⁸⁸⁰ J.-P. Marguénaud, L'évolution de la structure familiale, le Code civil et la Convention européenne des droits de l'homme, *L'Europe des Libertés*, n°15, mars 2005, Consultable sur : http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=119&id_rubrique=9

⁸⁸¹ Cour EDH, *Keegan c/ Irlande*, 26 mai 2004, A. 290 : *JCP. G.* 1995. I. 3823, obs. F. Sudre.

⁸⁸² Cour EDH, *Gaskin c/ Royaume-Uni*, 7 juillet 1989 : *R.U.D.H.* 1990, 361, chron. P. Lambert.

a également précisé que pour préserver le droit des parents d'origine, leur accord devait normalement être recueilli. Enfin, elle a exigé l'instauration d'une institution ayant le pouvoir de passer outre au refus de la mère pour révéler son identité à l'enfant. L'analyse des dispositions de la loi du 22 janvier 2002⁸⁸³ permet d'affirmer que la France a pris en partie acte de la jurisprudence de la Cour européenne. En effet, si elle permet d'organiser la réversibilité du secret sous couvert de la volonté de la mère, elle n'a cependant pas accordé au conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP) un pouvoir d'appréciation sur le refus des parents de communiquer leur identité. Certains rapports parlementaires permettent de le confirmer.

250. Si le rapport n° 3086 de Mme la députée Véronique Neiertz⁸⁸⁴ cite l'arrêt *Gaskin* parmi les arguments juridiques rendant nécessaire la présentation du projet de loi, l'analyse globale des travaux parlementaires ayant précédé le vote de la loi permettrait pourtant de conclure à une faible influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, ou bien les débats parlementaires n'y font aucunement référence, ou bien les rapports législatifs noient l'argument européen au milieu de divers autres facteurs d'influence. Il est vrai que d'autres instruments internationaux tels que l'article 7 de la CIDE et l'article 30 de la Convention internationale de La Haye du 29 mai 1993 intégrant également la notion de droit à la connaissance de ses origines ont été invoqués à l'appui de la réforme ainsi que de nombreux rapports d'experts établis au niveau interne. Il serait donc raisonnable de modérer la portée de l'influence de la jurisprudence européenne sur le législateur français. Pourtant deux points importants permettent de réfuter cette théorie. Il n'est pas anodin de noter que deux sénateurs ont mis un point d'honneur à souligner, au cours des travaux préparatoires, que la Cour européenne des droits de l'homme venait d'être saisie de l'affaire *Pascale Odièvre*⁸⁸⁵. Ce qui dénote une certaine préoccupation des élus sur le risque d'une imminente condamnation de la France.

⁸⁸³ Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, J.O. du 23 janvier 2002.

⁸⁸⁴ Rapport n° 3086 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 2870) relatif à l'accès aux origines.

⁸⁸⁵ Voir rapport n° 72 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, par M. Henri de Richemont, sénateur et l'avis n° 77 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, par M. Jean-Louis Lorrain, sénateur.

251. En outre, la logique adoptée par le législateur dans le cadre de cette réforme sous-tend une nette influence des méthodes de raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme. Il ressort en effet tant des rapports que des débats parlementaires que le maître-mot du projet de réforme est « équilibre ». L'objectif principal du législateur a été la recherche d'un équilibre entre le droit de la mère au secret et le droit de l'enfant à son histoire⁸⁸⁶. En maintenant l'accouchement sous X tout en permettant la réversibilité du secret, le législateur a cherché à « concilier l'inconciliable », pour reprendre les propos d'un sénateur⁸⁸⁷. Or la recherche d'un juste équilibre ménagé entre les intérêts concurrents figurent précisément parmi les méthodes de raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁸⁸. C'est ce qui a sans doute valu à la France d'être dispensée de toute condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi en se vantant de rechercher un tel équilibre dans la loi du 22 janvier 2002, le législateur a entendu se prémunir contre tout risque de condamnation par la Cour européenne.

C'est justement ce qui a permis à la France d'être épargnée des fourches caudines de la Cour EDH dans l'arrêt *Odièvre*⁸⁸⁹ et plus récemment dans l'arrêt *Kearns*⁸⁹⁰. Dans ces arrêts, la Cour EDH ne manque pas de souligner que « la législation française tente [...] d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause. La Cour observe à cet égard que les Etats doivent pouvoir choisir les moyens qu'ils estiment les plus adaptés au but de la conciliation ainsi recherchée. Au total, la Cour estime que la France n'a pas excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue en raison du caractère complexe et délicat de la question que soulève le secret des origines au regard du droit de chacun à son histoire, du choix des parents biologiques, du lien familial existant et des parents adoptifs »⁸⁹¹. Le législateur français a donc su flatter l'égo de la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁹². En

⁸⁸⁶ Voir l'intervention de Mme Ségolène Royal et de Mme Véronique Neiertz à l'occasion de la première séance publique du 31 mai 2001, J.O.A.N., 2001, n° 38, CRI, pp. 3734 et 3736. Voir rapport législatif n° 72 précité fait par M. Henri de Richemont, sénateur.

⁸⁸⁷ Voir l'avis n° 77 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté à l'Assemblée nationale, relatif à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, par M. Jean-Louis Lorrain, sénateur.

⁸⁸⁸ Voir point 42 de l'arrêt *Gaskin*.

⁸⁸⁹ Point 49 de l'arrêt *Odièvre c/ France*, Cour EDH, 13 février 2003, *Dr. fam.* 2003, chron. 14, obs. H. Gaumont-Prat ; *Dr. fam.* 2003, comm. 58, obs. P. Murat ; *JCP. G.* 2003. II. 10049, note F. Sudre et A. Gouttenoire ; *JCP. G.* 2003. I. 120, note Ph. Malaurie ; *R.T.D. civ.* 2003, p. 276, obs. J. Hauser et p. 375, obs. J.-P. Marguénaud ; *R.J.P.F.* 2003, p. 19, note M.-Ch. Le Boursicot ; *D.* 2003, p. 1240, note B. Mallet-Bricout ; *R.T.D.H.* 2004, n° 58, p. 405, comm. V. Bonnet.

⁸⁹⁰ Cour EDH, *Kearns c/ France*, 10 janvier 2008, *Dr. fam.* 2008, étude, n° 14, obs. A. Gouttenoire ; *R.J.P.F.* 2008-4/29, obs. Th. Garé ; *D.* 2008, p. 415, obs. P. Guiomard ; *AJ Fam.* 2008, p. 78, obs. F. Chénéde.

⁸⁹¹ Voir § 49 de l'arrêt *Odièvre*.

⁸⁹² Voir dans ce sens J.-P. Marguénaud, L'évolution de la structure familiale, le Code civil et la Convention européenne des droits de l'Homme, *l'Europe des Libertés*, mars 2005, n° 15 ; F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J.

effet, la Cour EDH honorée de la prise en compte de sa jurisprudence, par l'appropriation législative française de sa méthode de raisonnement, a conclu à un équilibre raisonnable entre les intérêts en cause. Aussi, même si les rapports et débats parlementaires n'ont fait que timidement référence à cet argument européen, il n'empêche que la méthode utilisée par le législateur pour réformer la matière sous-tend une nette influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. A défaut d'avoir le monopole en tant que facteur déclenchant de la réforme, la jurisprudence européenne a le mérite d'avoir influencé le législateur sur le fond de la réforme.

252. Il est une autre hypothèse où le législateur français manifeste ouvertement sa prise en compte de l'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agit de la loi du 16 janvier 2009⁸⁹³ qui a aboli la fin de non recevoir à l'action en recherche de maternité tirée de l'accouchement sous X. Cette mesure ne figurant pas initialement dans le projet de loi de ratification résulte d'un amendement sénatorial. L'unique argument invoqué à l'appui de cette suppression a été le risque de condamnation de la France par la Cour EDH⁸⁹⁴ en raison de la discrimination entre hommes et femmes engendrée par l'interdiction de rechercher la filiation maternelle⁸⁹⁵. Il a été voté sans réserve. Ce qui dénote la force de persuasion exercée par la menace⁸⁹⁶ d'une condamnation sur le législateur⁸⁹⁷. Cet exemple témoigne une nouvelle fois de la place occupée par la jurisprudence européenne dans l'évolution du droit de la famille, mais aussi de la reconnaissance expresse de l'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par le législateur français. Ce dernier n'est pas le seul à tirer les conséquences de la jurisprudence européenne dans l'ordre juridique interne, le juge français le fait également.

Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., spéc. p. 438. Il est supposé que la Cour EDH a été « aveuglée par le souci de récompenser le législateur français de ses efforts de prise en compte de la jurisprudence européenne ».

⁸⁹³ Loi n° 2009-61, 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, J.O. du 18 janv. 2009.

⁸⁹⁴ H. de Richemont, Rapport n° 145 (2007-2008) fait au nom de la commission des lois.

⁸⁹⁵ Th. Garé, Réforme de la filiation. A propos de la loi du 16 janvier 2009, *JCP*, G, 2009, act., 59.

⁸⁹⁶ Menace jugée infondée selon certains auteurs. V. notamment G. Vial, La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, *Dr. fam.* 2009, Etudes, n° 18, spéc. p. 15 et Réforme de la filiation : les surprises du projet de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005, *Dr. fam.* 2008, Etudes, n° 5, spéc. p. 10.

⁸⁹⁷ F. Dekeuwer-Défossez, La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification !, *R.L.D.C.* 2009, n°58, p.37-41, spéc. p.38.

B. La prise en compte discrète de la jurisprudence européenne par le juge français

253. Si en droit de la famille le juge français semble être davantage influencé par la jurisprudence de la Cour EDH (1), la Cour de cassation réceptionne plus ouvertement celle de la Cour de justice de l'Union européenne (2).

1. L'influence implicite et abondante de la Cour EDH

254. L'analyse de l'impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de cassation est assez difficile. Un observateur non averti pourrait conclure à l'absence d'influence de la Cour EDH sur les arrêts de la Haute juridiction française. Il est en effet intéressant de faire observer qu'aucune décision de la Cour de cassation ne fait expressément référence, en matière familiale, à un arrêt quelconque de la Cour européenne des droits de l'homme. Il faut en effet procéder à une analyse approfondie et plus particulièrement à une étude comparée de ces arrêts avec ceux de la Cour européenne des droits de l'homme pour déceler une certaine influence de la juridiction strasbourgeoise. On a pu constater à l'issue de ce travail comparatif, que les motifs développés par la Cour de cassation à l'appui de certaines décisions étaient semblables à ceux retenus par la Cour EDH. Les décisions de la Cour de cassation prononcées à la suite de la contestation d'une mesure d'assistance éducative en raison de son incompatibilité avec l'article 8 de la Conv. ESDH permettent d'en rendre compte. La Cour EDH a souvent été saisie de cette question et il ressort de sa jurisprudence constante que toute mesure d'assistance éducative doit être légalement prévue, justifiée par un but légitime constitué par l'intérêt de l'enfant, et être proportionnée au but recherché, c'est-à-dire nécessaire à la protection de l'enfant⁸⁹⁸. De son côté, la Cour de cassation a rendu de nombreuses décisions en la matière et aucune ne fait référence à la jurisprudence de la Cour EDH, en dépit des nombreux griefs d'incompatibilité avec la Conv. ESDH soulevés par les requérants. Néanmoins, la Cour de cassation en retenant que « le respect dû à la vie privée et familiale ne fait pas obstacle à ce que le juge intervienne conformément aux pouvoirs que lui donne la loi pour modifier l'exercice de l'autorité

⁸⁹⁸ Cour EDH, arrêt *Schmidt c/ France*, 26 juillet, 2007, *R.T.D. civ.*, 2007, p. 765, obs. J. Hauser ; arrêt *Olsson c/ Suède*, 24 mars 1988, *J.D.I.*, 1989, 789, obs. P. Tavernier ; arrêt *Rieme c/ Suède*, 22 avril 1993, A.226 ; *K. et T. c/ Finlande*, 12 juillet 2001, *JCP*, G, 2002, I, 105, obs. F. Sudre ; *Gnahoré c/ France*, 19 septembre 2000, *RDP.*, 2001, 682, obs. A. Gouttenoire. Voir également F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 5^e Ed., 2009, pp. 535 et s.

parentale dans l'intérêt de l'enfant »⁸⁹⁹ ou bien que celui-ci « intervienne en cas de motifs graves, dans les conditions fixées par la loi pour refuser un droit de visite sur un enfant afin d'assurer la protection de celui-ci »⁹⁰⁰, ne fait que reprendre les principes issus de la jurisprudence de la Cour EDH.

255. Le même constat s'impose en ce qui concerne l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 4 juillet 2006⁹⁰¹. Dans cette affaire, la requérante soutenait que l'article 340-4 alinéa 3 du Code civil⁹⁰² portait atteinte au principe d'égalité des filiations consacré par la Conv. ESDH dans la mesure où il enfermait l'action en recherche de paternité naturelle dans un délai de deux ans suivant la majorité de l'enfant tandis que l'action en réclamation d'état de l'enfant légitime était ouverte pendant trente ans. La Cour de cassation conclut à l'absence de violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 au motif que le délai de l'action en recherche de paternité naturelle était identique à celui prévu pour l'action en rétablissement de présomption de paternité légitime. Cette motivation ressemble étrangement à la jurisprudence adoptée par la Cour EDH lorsqu'elle énonce que l'obligation positive de permettre l'établissement de la paternité naturelle n'empêche pas que celui-ci puisse être soumis à des conditions différentes pour l'enfant légitime et l'enfant naturel tant que les mesures restrictives concernant la filiation de ce dernier restent proportionnées et tant que l'enfant naturel est placé dans une position voisine de celle d'un enfant légitime⁹⁰³.

En comparant l'action en recherche de paternité naturelle et celle en rétablissement de présomption de paternité légitime, la Cour de cassation a effectivement contrôlé si l'enfant naturel et l'enfant légitime étaient placés dans des situations semblables en ce qui concerne le délai de l'action en établissement de paternité. La jurisprudence européenne influence donc finalement la Cour de cassation, mais cette influence demeure « occulte »⁹⁰⁴ car non avouée par la Haute juridiction. Cette attitude dénote encore une certaine frilosité de la part de la

⁸⁹⁹ Voir Cass. 1^{re} civ., 28 octobre 2003, pourvoi n° 01- 14410, inédit.

⁹⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 28 octobre 2003, pourvoi n° 01- 01415, inédit ; 17 octobre 2007, pourvoi n° 06- 18167, inédit ; 15 juin 1994, pourvoi n° 93- 05048, inédit.

⁹⁰¹ Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 2006, pourvoi n° 03- 16964, inédit.

⁹⁰² Cette disposition enferme l'action en recherche de paternité dans un délai de deux ans après la majorité de l'enfant lorsque cette action n'a pas été exercée au cours de sa minorité.

⁹⁰³ Cour EDH, arrêt *Johnston c/ Irlande*, 18 déc. 1986 : *AFDI*, 1987, 239, obs. V. Coussirat- Coustère ; *J.D.I.*, 1987, 812, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, p. 555.

⁹⁰⁴ Selon l'expression de M. R. Chemain concernant l'influence de la Cour EDH sur le Conseil constitutionnel français, dans *Commentaire de l'article de M. Palombino sur « l'efficacité des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans l'ordre juridique français et allemand » par Adel Labadi*, consultable sur : <http://n2bde.u-paris10.fr/blogs/rdidi/index.php/category/Doctrines>

Cour de cassation à reconnaître une quelconque soumission à la juridiction européenne⁹⁰⁵. Même si la Cour EDH affiche clairement dans ses arrêts sa volonté de leur donner autorité interprétative *erga omnes*, le juge interne est seulement lié par la force obligatoire du texte de la Conv. ESDH et non par les décisions rendues à l'égard des autres Etats membres dans la mesure où elles ne sont revêtues que d'une autorité relative de la chose jugée⁹⁰⁶. Cela explique l'hésitation des juges français à s'incliner.

256. L'attitude de la Cour de cassation tranche avec celle des juridictions du fond qui n'hésitent pas à citer les arrêts de la Cour européenne des droits à l'appui de leurs décisions. S'il fut un temps où les juridictions du fond méconnaissaient involontairement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme faute d'information suffisante⁹⁰⁷, ce temps est révolu du fait de l'apparition d'internet au sein de ces juridictions. Il est en effet de nombreux exemples de décisions de juridictions du fond faisant application de la jurisprudence européenne. Les plus connues sont celles qui ont tiré les conséquences de l'arrêt *Marckx* et de l'arrêt *Mazurek* avant même que le législateur n'ait réformé les règles inconvencionnelles. Il s'agit du jugement du tribunal de grande instance de Montpellier en date du 2 mai 2000⁹⁰⁸ et de celui du tribunal de grande instance de Brive du 30 juin 2000⁹⁰⁹, présentés par la doctrine comme « une magistrale leçon d'application, en droit interne, des normes européennes et internationales »⁹¹⁰. Le Tribunal de grande instance de Brive s'est expressément appuyé sur l'autorité interprétative de l'arrêt *Marckx* de la Cour EDH pour écarter l'application de l'article 334-8 du Code civil et admettre « que l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant naturel emporte *de facto* établissement juridique de la filiation maternelle ». De son côté, le Tribunal de grande instance de Montpellier s'est reconnu le pouvoir d'écarter le droit interne pour appliquer les dispositions européennes en se fondant expressément sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Il a en effet écarté

⁹⁰⁵ Sur la notion d'autorité interprétative des arrêts de la Cour EDH, Voir C. Defigier et A. Sauviat, dans J.-P. Marguénaud (dir.), *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, op. cit., p. 11 et s.

⁹⁰⁶ J.-L. Sauron, *Le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Gualino, 2008, spéc. p. 38.

⁹⁰⁷ Voir J.-F. Burgelin et A. Lalardrie, L'application de la Convention par le juge judiciaire français, dans *Mélanges Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 145 et s., spéc. p.159.

⁹⁰⁸ TGI Montpellier, 2 mai 2000 : *R.T.D. civ.* 2000, p. 930, obs. J.-P. Marguénaud ; *Deffr.* 2000, art. 37275, p. 1435, note J. Massip ; *Dr. fam.* 2000, n° 99, note A. Gouttenoire-Cornut.

⁹⁰⁹ TGI Brive, 30 juin 2000, *D.* 2001, jur., p. 27, note I. Ardeeff, somm., p. 972, obs. F. Granet et p. 2872, obs. F. Le Doujet-Thomas ; *Deffr.* 2000, art. 37261, n° 86, p.1310, obs. J. Massip ; *R.T.D. civ.* 2000, p. 344 et p. 815, obs. J. Hauser ; *ibid.* 2001, p. 930, obs. J.-P. Marguénaud ; *Dr. fam.* 2000, Comm. n°107, obs. P. Murat ; *R.J.P.F.* 2001-2, p. 47.

⁹¹⁰ A. Gouttenoire-Cornut, *Dr. fam.* 2000, n° 99 ; J.-P. Marguénaud et J. Raynard, *R.T.D. civ.* 2000, pp. 930-932, spéc. p. 931.

l'application de l'ancien article 760 du Code civil, réduisant alors la vocation successorale de l'enfant adultérin au motif qu'il constituait « une violation des dispositions de la Convention européenne, ainsi que vient de le dire la Cour européenne dans l'arrêt [*Mazurek*] ci-dessus cité ». Les décisions des juridictions du fond bordelaises ayant trait à la validité du mariage homosexuel sont d'autres exemples connus de jugement ou arrêt ayant expressément fait référence à la jurisprudence de la Cour EDH au sein de leur motivation. Le Tribunal de grande instance de Bordeaux a notamment cité les arrêts *Rees*⁹¹¹, *Sheffield et Horsham*⁹¹² ainsi que *Goodwin*⁹¹³ pour en déduire que le mariage demeure l'union d'un homme et d'une femme.

257. Il est d'autres exemples moins connus de décisions de juridictions du fond ayant fait expressément référence à la jurisprudence de la Cour EDH. Notamment, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 23 octobre 2001⁹¹⁴, a fait appel au principe de non discrimination en raison de la naissance, dégagé de l'arrêt *Marckx* et *Mazurek* pour écarter l'application de l'article 908 du Code civil limitant la capacité de recevoir des enfants adultérins. Par ailleurs, la Cour d'appel de Colmar⁹¹⁵, dans un arrêt du 17 janvier 2006, s'est appuyée sur les arrêts *Johansen*⁹¹⁶ et *Haase*⁹¹⁷ de la Cour EDH afin de confirmer la régularité procédurale d'une mesure d'assistance éducative tendant à transformer le droit de visite d'un parent en un droit de visite médiatisé. Elle a notamment relevé que « si l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur le respect du droit à la vie familiale ne renferme aucune condition explicite de procédure, il faut que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable et respecte les intérêts protégés par cet article, étant précisé que lorsque des mesures doivent être prises d'urgence pour protéger l'enfant, il n'est pas toujours possible voire souhaitable, compte tenu justement de l'urgence ou des circonstances, d'associer au processus décisionnel les personnes ayant l'autorité parentale sur l'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant, par sa nature et sa gravité, pouvant l'emporter sur celui des parents (CEDH Strasbourg *Johanssen c/ Pays-Bas* 7/8/96 et *Haase c/ Allemagne* 8/7/2004) ». L'attention portée à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg par les juges du fond français

⁹¹¹ Cour EDH, *Rees c/ Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, A.106.

⁹¹² Cour EDH, *Sheffield et Horsham*, 30 juillet 1998 : *R.T.D.H.* 1999, 646, note M. Levinet.

⁹¹³ Cour EDH, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, 11 juillet 2002 : *R.T.D. civ.* 2002, 862, chron. J.-P. Marguénaud ; *Dr. fam.* 2002, Comm., n° 133, obs. A. Gouttenoire ; *R.T.D.H.* 2003, 1157, note A. Marienburg-Wachsmann et P. Wachsmann ; *D.* 2003, 2032, note A.-S. Chavent-Leclère.

⁹¹⁴ CA Paris, 23 octobre 2001 : *AJ Fam.* 2001, n° 3, p. 99.

⁹¹⁵ CA Colmar, 17 janvier 2006, arrêt n° 05/ 00747-M.

⁹¹⁶ Cour EDH, *Johansen c/ Pays-Bas*, 7 août 1996 : *JCP.* G. 1997. I. 4000, obs. F. Sudre.

⁹¹⁷ Cour EDH, *Haase c/ Allemagne*, 4 juillet 2004, requête n° 11057/ 02.

démontre qu'ils assument pleinement leur office de « juge de proximité des droits fondamentaux »⁹¹⁸.

258. Si les juges du fond admettent ouvertement l'influence qu'exerce sur eux la jurisprudence européenne et n'hésitent pas à en tirer des enseignements audacieux, la Cour de cassation fait preuve de davantage de « retenue » et adopte une attitude relativement « ambivalente »⁹¹⁹. A l'instar du législateur français, la Cour de cassation est beaucoup plus disposée à tenir compte des arrêts condamnant la France que des arrêts rendus à l'encontre d'autres Etats européens. Comme le fait remarquer un auteur, « la première chambre civile de la Cour de cassation supporte mal l'autorité de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle manque rarement une occasion d'oublier de prendre en compte ses arrêts les plus fameux rendus à l'encontre de pays voisins »⁹²⁰.

L'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la question du changement d'état civil des personnes transsexuelles en est un exemple phare. Elle a été saisie de la question dès 1975⁹²¹. A cette date, la Cour européenne des droits de l'homme n'avait pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la question. Elle le fit pour la première fois dans l'arrêt *Rees* du 17 octobre 1986. Avant cet arrêt européen, la Cour de cassation a statué à cinq reprises⁹²² contre le changement d'état civil sur le fondement soit de l'indisponibilité de l'état civil, soit de l'article 57 du Code civil. Une fois l'arrêt *Rees* rendu, les requérants invoquent à l'appui de leur demande les articles 8 et 12 de la Conv. ESDH. Corrélativement, la Cour répond aux moyens invoqués, mais conclut à la non application des dites dispositions⁹²³. Certains diront qu'il s'agit d'une application pure et simple de l'arrêt *Rees*, mais l'étude de la motivation de la Cour de cassation dévoile une mauvaise connaissance du droit de la

⁹¹⁸ Expression empruntée à D. Simon, Avant-propos, La contribution de la Cour de cassation à la construction juridique européenne : Europe du droit, Europe des juges, dans *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2006, Troisième partie, consultable sur :

http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2006_2284/etude_cour-2290/denys_simon_9981.html

⁹¹⁹ Selon les expressions utilisées par R. de Gouttes, dans *Le juge français et la Convention européenne des droits de l'Homme : avancées et résistances...*, *R.T.D.H.* 1995, pp. 605-614, spéc. p. 605 et 609.

⁹²⁰ J.-P. Marguénaud, obs. ss. Cass. 1^{re} civ., 11 mars 1997, *R.T.D. civ.* 1998, 520.

⁹²¹ Cass, 1^{re} civ., 16 décembre 1975 (2 arrêts) : *D.* 1976, 397, note J. Lindon ; *JCP. G.* 1976. II. 18503, obs. Penneau.

⁹²² Cass. 1^{re} civ., 16 décembre 1975 (2 arrêts), précités, 30 novembre 1983 : *D.* 1984, 165, note Edelman ; *JCP. G.* 1984. II. 20222, Concl. Sadon, obs. Penneau ; *R.T.D. civ.* 1985, 137, obs. J. Rubellin-Devichi, 3 mars 1987 et 31 mars 1987 : *D.* 1987, 445, note Jourdain ; *JCP. G.* 1988. II. 21000, note Agostini ; *G.P.* 1987, 2, 577, (1^{re} espèce), note de la Marnierre.

⁹²³ Cass. Civ. 1^{re}, 7 juin 1988, Bull., I, n° 176, p. 122 : *G.P.* 1989, 2, 417, note Agostini ; *R.T.D. civ.* 1989, 721, obs. J. Rubellin-Devichi, 10 mai 1989, Bull., I, n° 189, p. 125 : *R.T.D. civ.* 1989, 721, obs. J. Rubellin-Devichi et 21 mai 1990 (4 arrêts), Bull. civ. I, n° 117, p. 83 : *JCP. G.* 1990. II. 21588, rapport Massip, concl. Flippo ; *D.* 1991, 169, rapport Massip ; *D.* 1990, IR, p. 139.

Convention européenne telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour de cassation n'a fait qu'une application littérale de l'article 8 de la Convention lorsqu'elle déclare notamment dans son arrêt du 10 mai 1990 que « l'article 8, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, qui, au demeurant, n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien, ne peut être invoqué en l'espèce ». Elle semblait ainsi méconnaître l'arrêt *Rees* selon lequel une telle situation relevait de l'article 8 de la Conv. ESDH, mais qu'au vu de la particularité de l'espèce le droit anglais n'y contrevenait pas. Si la Cour de cassation avait reconnu l'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et avait approfondi les motifs développés par cette Cour, elle aurait certainement tiré les conséquences de cette jurisprudence en droit français bien avant la condamnation de la France. Sans doute n'était-elle pas encore assez avertie sur les méthodes de raisonnement de la Cour européenne. En effet, les critères invoqués par la Cour européenne des droits de l'homme pour contrôler la violation de l'article 8 étaient applicables au droit français, qui se démarquait nettement de la pratique anglaise dans le sens où les documents officiels font état du sexe de la personne. La Cour de cassation n'a donc pas su tirer les enseignements des arrêts rendus à l'encontre du Royaume-Uni. Il n'empêche que la France a été condamnée⁹²⁴ et, qu'à la suite de ce constat de violation de l'article 8 de la Conv.ESDH, la Cour de cassation a été beaucoup plus réceptive au point d'être accusée d' « excès de zèle »⁹²⁵. Elle s'est en effet très rapidement conformée aux exigences de la Cour EDH en s'appropriant l'interprétation européenne tout en se gardant bien de faire mention de l'arrêt *B. contre France*⁹²⁶.

259. L'affaire *Mazurek* en est un autre exemple. Par une décision rendue le 25 juin 1996⁹²⁷, la première chambre civile de la Cour de cassation a refusé de tirer les conséquences de l'arrêt *Marckx* en ce qui concerne la question de l'égalité des filiations en terme de vocation

⁹²⁴ Cour EDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*, *Defr.* 1992, art. 35334 (2^e espèce) ; *D.* 1992, *Somm. Comm.*, p. 325, obs. Renucci et I.R. 129, *JCP. G.* 1992. II. 21955, note T. Garé ; *JCP. G.* 1993. I. 3654, n° 19, obs. F. Sudre ; *D.* 1993, 101, J.-P. Marguénaud ; *R.T.D. civ.* 1992, 540, obs. J. Hauser ; *R.T.D.H.* 1993, 483, obs. O. Pettiti ; *D.* 1992, *chron.* 323, C. Lombois.

⁹²⁵ J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, op. cit., p. 143.

⁹²⁶ Ass. Plén., 11 décembre 1992 : *D.* 1993, I.R., p. 1 ; *Defr.* 1993, art. 35502, p. 141, J. Massip ; *JCP. G.* 1993. II, p. 21991, concl. Jeol, note G. Mémeteau ; *R.T.D. civ.* 1993, p.97, obs. J. Hauser ; *G.P.* 1993, I, 180, concl. Jeol ; *R.T.D. civ.* 1993, 97 et 325, obs. J. Hauser. Voir aussi Cass. 1^{re} civ., 18 octobre 1994. Pour un exposé plus précis de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation sur cette question, voir notamment A. Debet, op. cit., n° 286 et s.

⁹²⁷ Cass. 1^{re} civ., 25 juin 1996 : *D.* 1998, *jur.*, p. 453, note L. Brunet ; *D.* 1997, *somm.*, p. 275, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; *JCP. G.* 1997. II. 22834, note P. Malaurie ; *Defr.* 1997, p. 310, obs. J. Massip ; *Dr. fam.* 1996, *comm.*, n° 26, B. Beignier ; *R.T.D. civ.* 1996, p. 873, obs. J. Hauser.

successorale. En effet, dans cette affaire, la Cour de cassation avait estimé que l'article 760 du Code civil, instituant une inégalité successorale au détriment de l'enfant adultérin n'était pas contraire à la Conv. ESDH dans la mesure où la vocation successorale ne relevait pas de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Conv. ESDH. Cette décision a valu à la France d'être condamnée par la Cour EDH pour violation de l'article 14 de la Conv. ESDH combiné avec l'article 1 du protocole n° 1 de la Conv. ESDH⁹²⁸. A la suite de cette condamnation, la Cour de cassation, jusqu'alors opposée à toute ouverture de l'action en retranchement aux enfants naturels⁹²⁹, a opéré un revirement de jurisprudence très remarqué sur le fondement des mêmes textes⁹³⁰. Cette décision est apparue des plus surprenantes puisque, pour statuer, la Haute juridiction a préféré la source européenne à caractère subsidiaire au droit interne. En effet, la première chambre civile de la Cour de cassation aurait pu se contenter de casser et annuler l'arrêt de cour d'appel pour non-conformité aux dispositions de l'article 17 de la loi du 3 décembre 2001, alors applicable à l'espèce en vertu des dispositions transitoires. Ce dernier texte, modifiant le second alinéa de l'article 1527 du Code civil, a étendu le bénéfice de l'action en retranchement « aux enfants qui ne seraient pas issus des deux époux ».

Si certains auteurs ont pu qualifier ce revirement « d'inutile »⁹³¹ dans la mesure où sa portée était réduite à néant compte tenu de la réforme opérée par la loi du 3 décembre 2001, il n'en demeure pas moins un remarquable témoignage de l'attention portée par la Cour de cassation à la jurisprudence de la Cour EDH. En énonçant que « les enfants légitimes nés d'un précédent mariage et les enfants naturels nés d'une précédente liaison se trouvant dans une situation comparable quant à l'atteinte susceptible d'être portée à leurs droits successoraux en cas de remariage de leur auteur sous le régime de la communauté universelle, la finalité de la protection assurée aux premiers, commande qu'elle soit étendue aux seconds au regard du principe de non discrimination selon la naissance édicté par la Convention européenne des droits de l'homme », la Cour de cassation a fait une allusion très appuyée à l'arrêt *Mazurek* de

⁹²⁸ Cour EDH, arrêt *Mazurek c/ France*, 1^{er} février 2000 : *JCP. G.* 2000. II. 10286, obs. A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *R.T.D. civ.* 2000, 311, obs. J. Hauser ; *R.T.D. civ.* 2000, 429, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP. G.* 2000. I. 278, obs. R. Le Guidec ; *Dr. et patr.* 2000, n° 82, 56, note P. Stoffel-Munck ; *Deffr.* 2000, art. 37179, n° 29, p. 654, obs. J. Massip ; *Dr. fam.* 2000, comm., n° 2, p. 20, obs. B. de Lamy ; *LPA*, 2000, n° 93, p. 11, note S. Hocquet-Berg ; *Deffr.* 2000, art. 32944, p. 1373, obs. G. Champenois.

⁹²⁹ Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1982 : *D.* 1983, 19, note M. Beaubrun ; *Deffr.* 1982, art. 32944, n° 76, obs. G. Champenois ; *JCP. G.* 1983. II. 20018, note M. Henry. Cass. 1^{re} civ., 9 mars 1983, *Bull.*, I, n° 94.

⁹³⁰ Cass. 1^{re} civ., 29 janv. 2002, *Bull.*, I, n° 32, p. 24 : *Dr. fam.* 2002, comm., n° 45, obs. B. Beignier ; *JCP. G.* 2002. I. 167, n° 12, obs. A. Tisserand et 178, obs. R. Le Guidec ; *D.* 2002, p. 1938, note A. Devers, *R.T.D. civ.* 2002, p. 278, obs. J. Hauser, p.347, obs. B. Vareille et p. 865, obs. J.-P. Marguénaud, *Deffr.* 2002, art. 37548, p. 692, obs. J. Massip et art. 36611, p.1330, obs. G. Champenois ; *R.J.P.F.* 2002, p. 24, note J. Casey ; *Deffr.* 2003, art. 37473, obs. Ph. Delmas- Saint – Hilaire ; *LPA*, 2002, n° 138, p. 24, note M.-L. Cicile- Delfosse et n° 149, p. 22, note S. Chassagnard.

⁹³¹ J. Massip, note ss. Cass. 1^{re} civ., 29 janvier 2002, *Deffr.* 2002, art. 37548, p. 692, spéc. p. 695.

la Cour EDH. Ainsi que l'a fait observé un auteur, la Cour de cassation « s'éveille à la Convention européenne des droits de l'homme »⁹³² telle qu'interprétée par la Cour EDH. Sans doute est-ce une réponse de la Cour de cassation à ceux qui lui ont reproché de se passer des textes de la Conv. ESDH pour nécessairement privilégier le droit interne ou d'autres sources⁹³³. En l'espèce, la requérante invoquait à l'appui de son pourvoi le droit européen et non la loi de 2001. Si parfois la Cour de cassation a statué sans répondre aux moyens tirés de la violation du droit européen, dans cette affaire, la Cour se montre exemplaire en répondant précisément au moyen développé. Aussi, par ce clin d'œil au droit européen, la Haute juridiction française entend rappeler qu'elle assume son office de juge de la conventionalité. La Cour de cassation n'a d'ailleurs pas manqué ensuite de faire application des dispositions de la loi du 3 décembre 2001 en écartant le principe de l'égalité successorale des filiations tiré de l'article 14 de la Conv. ESDH combiné avec l'article 1 du protocole n° 1 de la même Convention dans le cadre d'une succession ayant déjà donné lieu à partage⁹³⁴.

260. S'il aurait pu être déduit de l'arrêt du 29 janvier 2002, un engagement de la Cour de cassation vers une lecture systématique des dispositions du Code civil telles qu'elles doivent être interprétées au regard de la Conv. ESDH et de la jurisprudence européenne y afférente, son arrêt du 14 juin 2005⁹³⁵ a réduit à néant cette supposition. La première chambre civile alors saisie d'une action déclaratoire de nationalité fondée sur l'article 18 du Code civil et bien déterminée à mettre fin aux divergences entre les juridictions du fond⁹³⁶, a décidé que l'acte de naissance comportant seulement l'indication du nom de la mère, sans mention d'une reconnaissance et en l'absence de possession d'état, ne peut établir légalement une filiation maternelle. Dans cette affaire, la Cour de cassation est retombée dans ses travers. En procédant à une application littérale du texte de l'article 334-8 du Code civil, la Cour de cassation a privilégié la source interne et refusé d'appliquer l'adage « *mater semper certa est* » pourtant retenu par la jurisprudence européenne depuis l'arrêt *Marckx*. Cette décision témoigne d'une part, de la frilosité de la Cour de cassation à admettre toute autorité de la chose interprétée aux arrêts rendus par la Cour de Strasbourg à l'encontre des pays voisins et,

⁹³² B. Vareille, obs. ss. Cass. 1^{re} civ., 29 janvier 2002, *R.T.D. civ.* 2002, p. 347.

⁹³³ Voir A. Debet, op. cit., n° 119 et s.

⁹³⁴ Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2007, pourvoi n° 06-13806.

⁹³⁵ Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, pourvoi n° 03-18825, Bull. 2005, I, n° 256, p. 215.

⁹³⁶ TGI Brive, 30 juin 2000, voir note 172 et CA Paris (1^{re} ch. C), 4 avr. 2003 : *D.* 2004, p. 1697, note M.-C. Meyzeaud-Garaud ; *R.T.D. civ.* 2003, p. 487, obs. J. Hauser ; *D.* 2003, Somm., p. 2119, obs. F. Granet-Lambrecht ; *D.* 2004, p. 1697, note M.-C. Meyzeaud-Garaud et p. 462, obs. V. Godron ; *Dr. fam.* 2003, comm., n° 141, obs. P. Murat. Voir également CA Paris, 20 oct. 2005, *AJ Fam.* 2005, p. 38

d'autre part, de la versatilité de la Cour de cassation dans la prise en compte de la jurisprudence européenne.

A peine un an après cette décision fort critiquée par la doctrine, la Cour de cassation a opéré un revirement dans son arrêt du 14 février 2006⁹³⁷ au visa des articles 8 et 14 de la Conv. ESDH. Toujours saisie d'une action en déclaration de nationalité, la Cour de cassation a estimé que la filiation maternelle était suffisamment établie par la désignation de la mère dans l'acte de naissance. Sans y faire explicitement référence dans sa décision, la Cour de cassation a « adopté la solution préconisée par la Cour EDH dans l'arrêt Marckx »⁹³⁸. Ce regain d'intérêt de la Cour de cassation pour l'application du droit européen n'est pas hasardeuse. En effet, cette décision est survenue postérieurement à l'adoption de l'Ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation par laquelle le législateur a inséré dans le Code civil un nouvel article 311-25 du Code civil disposant que « la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant ». Donc, si la Cour de cassation s'est finalement résignée à tirer les conséquences de la jurisprudence européenne c'est parce que le législateur avait lui-même déjà pris l'initiative de se conformer aux exigences européennes⁹³⁹. Contrairement à l'arrêt du 22 janvier 2002, cette décision ne voit pas sa portée obérée par l'Ordonnance du 4 juillet 2005 dans la mesure où la Haute juridiction a statué avant l'entrée en vigueur de l'Ordonnance et ainsi permis l'application rétrospective de l'adage « *mater semper certa est* ». Même si la réforme législative a contribué au revirement tardif de la Cour de cassation, celle-ci est intervenue afin de relayer l'action du législateur. Il s'agirait là, en effet, d'un revirement « stratégique » puisqu'il étend l'application de l'adage « *mater semper certa est* » à toutes les situations⁹⁴⁰ non visées par les dispositions transitoires de l'Ordonnance⁹⁴¹. Corrélativement, la Cour de cassation prémunit la France de toute condamnation par la Cour EDH et tire ainsi les

⁹³⁷ Cass. 1^{re} civ., 14 février 2006, pourvoi n° 05-13006, Bull, I, n° 73, p. 72 : *Dr. fam.* mai 2006, Comm., n° 107, note P. Murat. Voir également TGI Brive, 30 juin 2000, *D.* 2001, p. 27, note I. Ardeef ; *Defr.* 2000, p. 1310, obs. J. Massip ; *R.T.D. civ.* 2000, p. 815, obs. J. Hauser.

⁹³⁸ Formule empruntée à la Cour de cassation dans son Rapport annuel 2006, quatrième partie : jurisprudence de la Cour, le droit des personnes et de la famille, filiation, Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 2006.

⁹³⁹ Voir dans ce sens, M.-C. Meyzeaud-Garaud, La Cour de cassation enfin favorable à l'établissement automatique du lien naturel de filiation maternelle par acte de naissance, *R.L.D.C.* 2006, n° 29, p. 41-44, spéc. p. 42.

⁹⁴⁰ La Cour de cassation a reconduit cette jurisprudence dans plusieurs décisions : Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2006, pourvoi n° 05-16841, inédit ; 23 mai 2006, pourvoi n° 05-13737, inédit ; 12 décembre 2006, pourvoi n° 05-14049, inédit et 13 mars 2007, pourvoi n° 06-16675, inédit.

⁹⁴¹ Le nouvel article 311-25 du Code civil n'est en effet applicable qu'aux instances introduites après son entrée en vigueur. Voir article 20, III, de l'Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005.

enseignements de l'arrêt *Merger et Cros*⁹⁴² par lequel la juridiction strasbourgeoise avait condamné la France du fait de l'exclusion de certaines personnes, par les dispositions transitoires, du bénéfice de la loi n° 2001-1135. Dans ces hypothèses la Cour de cassation joue pleinement son rôle de juge européen des droits de l'homme en venant pallier les carences législatives.

261. Manifestement, la Cour de cassation semble disposée à reconnaître l'autorité de la chose interprétée des arrêts rendus à l'encontre de pays voisins et ainsi se montre plus audacieuse dans l'application de la jurisprudence européenne dès lors que le législateur a lui-même tiré les conséquences d'une condamnation ou bien d'une menace européenne. Il peut ainsi être formulé une claire explication à l'« ambivalence »⁹⁴³ dont fait preuve la Cour de cassation dans la prise en compte de la jurisprudence européenne. Si de nombreuses raisons ont pu être avancées, il en est une seule que l'étude approfondie des arrêts de la Haute juridiction française rend plausible : celle du profond respect de la Cour de cassation pour le principe de séparation des pouvoirs, ce qui ne manquera pas de rassurer les opposants au « gouvernement des juges ». Se gardant de toute attitude audacieuse, par laquelle elle devancerait l'action législative, la Cour de cassation manifeste sa volonté de ne pas remettre en cause le principe de séparation des pouvoirs. Aussi, l'attitude de la Cour de cassation s'apparente bien à un « certain effroi face à tout ce qui ressemble plus ou moins à un gouvernement de juges »⁹⁴⁴. Elle n'a d'ailleurs pas manqué de rappeler son attachement aux rôles respectifs du juge et du législateur dans son rapport annuel 2006⁹⁴⁵. C'est sans doute ce qui explique la réticence de la Cour de cassation à se référer expressément à toute décision de la Cour EDH⁹⁴⁶.

Cela explique également son refus, fort critiqué par la doctrine, de tirer les conséquences de l'arrêt *Jäggi*⁹⁴⁷ dans sa décision du 2 avril 2008⁹⁴⁸. Dans son arrêt *Jäggi*, la Cour EDH a condamné la Suisse dont les juridictions refusaient une identification génétique

⁹⁴² Cour EDH, 22 déc. 2004, *Merger et Cros c/ France* : *Dr. fam.* 2005, étude 17, note S. le Chuiton ; *R.T.D. civ.* 2005, p. 335, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP. G.* 2005, I, 103, n° 16, obs. F. Sudre.

⁹⁴³ J.-P. Marguénaud, CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français, op. cit., spéc. p. 122.

⁹⁴⁴ J.-P. Marguénaud, CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français, op. cit., spéc. p. 8.

⁹⁴⁵ Rapport annuel 2006, quatrième partie : jurisprudence de la Cour, le droit des personnes et de la famille, filiation, Cass. 1^{re} civ., 14 février 2006.

⁹⁴⁶ Voir dans ce sens G. Kessler, note ss. Cass. 1^{re} civ., 14 février 2006, *D.* 2006, n° 15, p. 1029, spéc. p. 1031.

⁹⁴⁷ Cour EDH, 13 oct. 2006, *Jäggi c/ Suisse*, *R.T.D. civ.* 2006, 727, obs. J.-P. Marguénaud ; *R.T.D. civ.* 2007, p. 99, obs. J. Hauser.

⁹⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 2008, pourvois n° 06-10.256 et n° 07-11.639, *Bull. civ.* 2008, I, n° 391 : *JCP. G.* 2008, II, 10132, note J.-R. Binet ; *D.* 2008, p. 2121, note V. Bonnet ; *Dr. fam.* 2008, comm. 86, note P. Murat ; *AJ Fam.* 2008, p. 209, note F. Chénéde ; *R.T.D. civ.* 2008, p. 464, obs. J. Hauser.

post-mortem réclamée par un plaideur en vue d'établir un lien de filiation. De son côté, la Cour de cassation était appelée à statuer sur la question de l'application dans le temps de l'article 16-11 du Code civil, issu de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique. Ce texte prévoit en son alinéa 2 qu'aucune identification par empreinte génétique ne peut être réalisée en matière civile dans le cadre d'une action tendant soit à l'établissement ou à la contestation d'un lien de filiation, après la mort de la personne, sauf accord exprès manifesté de son vivant. Ainsi l'article 16-11 du Code civil est manifestement incompatible avec l'article 8 de la Conv. ESDH tel qu'interprété par la Cour EDH⁹⁴⁹. Si la politique de la Cour de cassation avait été celle de se soustraire aveuglément à l'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour EDH, elle n'aurait pas manqué de viser l'article 8 de la Conv. ESDH avant d'écarter l'application de l'article 16-11 du Code civil et admettre l'expertise génétique post-mortem sollicitée par les requérantes. Il n'en est rien puisque la Cour de cassation a ignoré la jurisprudence européenne et refusé d'accéder à la demande des requérantes par une application immédiate de la loi du 6 août 2004.

262. Une autre explication peut encore être avancée concernant l'absence de référence explicite à la jurisprudence de la Cour EDH par la Cour de cassation à l'appui de ses décisions. Il s'agit de la méconnaissance des arrêts rendus par la Cour de Strasbourg et concernant des pays étrangers. L'arrêt ayant trait à l'invalidité du mariage homosexuel permet d'en rendre compte. La Cour de cassation aurait pu notamment appuyer son argumentation sur les arrêts de la Cour EDH en date du 28 novembre 2006⁹⁵⁰ afin de justifier du maintien de l'exigence de l'altérité des sexes comme condition de validité du mariage. Par ces arrêts, la Cour EDH a en effet rappelé que « l'article 12 de la Conv. ESDH consacre la notion traditionnelle de mariage entre un homme et une femme », avant de préciser que, « si certains Etats ont étendu le mariage à des personnes de même sexe, ils n'ont fait que refléter leur propre vision du mariage dans la société et ne se sont aucunement conformés à une interprétation du droit fondamental qui serait devenue différente de celle retenue par les Etats en 1950 ». Il ressort du rapport annuel 2008 de la Cour de cassation⁹⁵¹, que si elle ne l'a pas

⁹⁴⁹ Voir notamment, Y. Favier, *JCP. G.* 2009. I. 102, n° 6 ; F. Dekeuwer-Défossez, Les empreintes génétiques devant la CEDH : avis de coup de vent sur l'ordonnance du 4 juillet 2005, *R.L.D.C.* 2007, n°38, p. 41-44, spéc. p. 42.

⁹⁵⁰ Cour EDH, 28 nov. 2006, *R. et F. c/ Royaume-Uni et Parry c/ Royaume-Uni* : *R.T.D. civ.* 2007, 287, J.-P. Marguénaud.

⁹⁵¹ Voir l'étude sur « Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation », les distinctions en droit extrapatrimonial de la famille, 2.1.1.1., rapport annuel de la Cour de cassation 2008. On peut y lire que ces deux décisions « n'avaient pas été citées au moment où la Cour de cassation a statué ».

fait c'est précisément parce qu'elle n'en avait pas connaissance au moment où elle a statué. Il est également intéressant de faire remarquer que c'est le commentaire d'un auteur⁹⁵² sur l'arrêt de la Cour du 13 mars 2007 qui lui a dévoilé l'existence de ces arrêts. Cela démontre bien que la consultation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme rendus à l'encontre des pays voisins, alors même que la violation d'un article de la Conv. ESDH est invoquée par un requérant, ne fait pas partie des réflexes de la Cour de cassation et caractérise la mauvaise maîtrise du droit européen conventionnel par les juges français, qui appréhendent leur office de juge de la conventionalité comme une « confrontation »⁹⁵³. La Cour reconnaît ainsi sa connaissance insuffisante de la jurisprudence européenne. Cela invite donc à repenser la communication de la jurisprudence européenne aux juridictions internes. On devrait néanmoins observer dans un avenir plus ou moins proche une évolution dans la rédaction des arrêts de la Cour de cassation, notamment en ce qui concerne les références explicites aux décisions européennes, du fait de la reconnaissance expresse de l'autorité de la chose interprétée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par un arrêt d'Assemblée plénière du 15 avril 2011⁹⁵⁴.

263. Il résulte des propos précédents que plus qu'une application « réservée »⁹⁵⁵ de la jurisprudence de la Cour EDH, la Cour de cassation fait une application raisonnée des arrêts de la Cour EDH rendus à l'encontre des pays voisins. L'attitude de la Cour de cassation à l'égard de la jurisprudence de la CJUE est toute autre. En effet, la Haute juridiction française s'appuie expressément sur les arrêts de la CJUE dans le développement de ses motifs.

2. L'influence explicite, mais peu développée de la CJUE

264. Si la Cour de cassation exprime moins de retenue dans la réception de la jurisprudence de l'Union européenne c'est parce que cette obligation trouve son fondement dans les traités de l'Union européenne⁹⁵⁶. Conformément à l'article 267 TFUE, la CJUE est compétente pour

⁹⁵² Il s'agit de l'observation de J.-P. Marguénaud ss Cass. 1^{re} civ, 13 mars 2007, *R.T.D. civ.* 2007, p. 287.

⁹⁵³ L'expression utilisée dans le rapport 2008 est particulièrement éloquent. Il y est écrit « La première chambre civile a plusieurs fois été confrontée dans les années récentes à des arguments tirés de la Convention européenne des droits de l'homme, liés à la non discrimination entre les personnes pour les droits protégés par la Convention, essentiellement le droit au mariage et le droit au respect de la vie privée et familiale ».

⁹⁵⁴ Cass. A.P., 15 avril 2011, n° 10-17049.

⁹⁵⁵ Voir A. Debet, *op. cit.*, spéc. n° 112 et s.

⁹⁵⁶ Selon P. Pescatore, « pour la première fois dans l'histoire des rapports internationaux, plusieurs Etats ont placé résolument leurs rapports mutuels dans le cadre d'institutions communes et sur le terrain du droit, en faisant, [...] confiance à un juge indépendant et en permettant, [...], la communication directe de leurs juges

statuer, à titre préjudiciel, sur l'interprétation des textes de l'Union. Aussi, une juridiction nationale peut saisir la CJUE d'un renvoi préjudiciel afin de lui poser une question portant sur l'interprétation d'une norme de l'Union européenne applicable au litige dont elle est saisie. Cette procédure est « un instrument au service de la primauté du droit communautaire »⁹⁵⁷ puisqu'elle assure l'unité d'interprétation des normes de l'Union européenne. Plus précisément, il s'agit d'une « procédure de coopération judiciaire incidente au règlement d'un litige »⁹⁵⁸. En effet, conformément à l'article 267 TFUE, la juridiction nationale devant laquelle est soulevée une question d'interprétation peut saisir la CJUE « si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement ». Corrélativement, la juridiction nationale ayant posé la question préjudicielle est liée par l'interprétation de la CJUE. Et il ressort de la jurisprudence de la CJUE, dans son arrêt *CILFIT* du 6 août 1982⁹⁵⁹, que cette interprétation dispose de l'autorité de chose interprétée et s'impose dès lors aux autres juridictions. Ainsi, l'interprétation fait corps avec la disposition interprétée. En effet, dans cette décision, la CJUE dispense le juge national de l'obligation de saisir la Cour d'une question « matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel ». Aussi, la prise en compte de l'interprétation de la CJUE est une obligation pour la juridiction nationale dont le non respect serait susceptible d'entraîner contre l'Etat la mise en œuvre du recours en constatation de manquement⁹⁶⁰.

265. En ce qui concerne le droit de la famille substantiel, il n'est encore aucun exemple d'influence de la jurisprudence luxembourgeoise sur la Cour de cassation. La CJUE n'a encore jamais été saisie d'une question préjudicielle dans ce domaine. Ce procédé de coopération ne demande qu'à être développé maintenant que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a acquis force obligatoire depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009. La CJUE est en effet compétente pour l'interpréter. Or nul n'ignore que cet instrument contient de nombreuses dispositions ayant trait à la matière familiale. Aussi, la procédure de renvoi préjudiciel permettra-t-elle à la Cour de cassation de saisir la CJUE sur une question en évolution et ainsi d'anticiper tout risque de condamnation

nationaux avec le juge communautaire », dans *Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe*, *R.I.D.C.* 1974, pp. 5-19, spéc. pp. 9 et 10.

⁹⁵⁷ C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 4^e éd., 2010, p. 686.

⁹⁵⁸ C. Blumann et L. Dubouis, *Ibidem*.

⁹⁵⁹ Aff. 283/ 81 : Rec. p. 314.

⁹⁶⁰ Articles 258 à 260 TFUE.

par la Cour EDH, compte tenu de la relative harmonie qui règne entre la jurisprudence de chacune des juridictions européennes.

266. Le dialogue entre les deux juridictions est effectif en ce qui concerne le droit international privé de la famille. La Cour de cassation a néanmoins très peu usé de cette faculté puisque seules deux décisions de la Cour de cassation sollicitent, en la matière, un renvoi préjudiciel à la CJUE. L'une concernant l'interprétation de l'article 1^{er} de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968⁹⁶¹ et l'autre concernant l'interprétation du règlement CE n° 2201/ 2003 du 27 novembre 2003⁹⁶². Confrontée à une affaire de divorce impliquant un cas de litispendance en raison de la saisine par chacun des époux du tribunal d'un Etat membre différent, mais dont ils avaient tous deux la nationalité, la Cour de cassation a demandé à la CJCE de préciser l'interprétation de l'art. 3.1. b) du règlement *Bruxelles II Bis* en cas de binationalité des époux. Dans l'arrêt *Hadadi* du 16 juillet 2009⁹⁶³, la CJCE a refusé de faire prévaloir la nationalité du for ou la nationalité effective pour leur préférer la nationalité choisie par les époux. La Cour de cassation s'est ensuite expressément référée à la décision de la CJCE, dans son arrêt du 17 février 2010⁹⁶⁴, et a fait sienne l'interprétation retenue par la juridiction luxembourgeoise.

267. Ainsi, la coopération judiciaire entre le juge français et la CJUE n'est pas aussi développée que celle existante en droit des contrats ou de la consommation. Cette situation devrait évoluer dès lors que les instances normatives de l'Union européenne auront adopté les instruments de droit international privé en matière de successions et de régimes matrimoniaux. La CJUE sera en effet vouée à appréhender davantage de questions relevant de la matière familiale. Si la Cour de cassation ne sollicite guère la CJUE, elle n'hésite pas à faire appel à la jurisprudence de la Cour luxembourgeoise pour l'éclairer sur l'interprétation des textes de l'Union dont elle doit assurer la bonne application⁹⁶⁵. A titre d'exemple, la Cour

⁹⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 14 avril 1982, pourvoi n° 81-10386, Bull., I, n° 126.

⁹⁶² Cass. 1^{re} civ., 16 avril 2008, pourvoi n° 07-11648, Bull., I, n° 108 : 648 : *Procédures* 2009, comm. n° 172, pp. 16-17, note C. Nourissat.

⁹⁶³ CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-168/08, J.O. n° C 220/11, du 12 sept. 2009 : *R.T.D.eur.* 2010, pp. 769-774, note P. Lagarde ; *Procédures* 2009, n° 11, comm. 361, note C. Nourissat ; *J.D.I.* 2010, pp. 163-183, note L. D'Avout ; *AJ fam.* 2009, n° 9, p. 348, obs. A. Boiché ; *D.* 2009, act., p. 2106, obs. V. Egéa ; *Europe*, 2009, Comm. n° 389, note L. Idot.

⁹⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 17 février 2010, pourvoi n° 07-11648, Bull., I, n° 37.

⁹⁶⁵ Voir notamment Cass. 1^{re} civ., 18 avril 1989, pourvoi n° 87-10174, Bull., I, n° 154, p. 101. Dans cette affaire, la Cour de cassation renvoie à l'interprétation que la CJCE a donné de l'article 33 alinéa 2 de la Convention du 27 septembre 1968 dans un arrêt préjudiciel du 10 juillet 1986 pour en déduire la régularité d'une requête en

de cassation a fait référence à un arrêt de la CJCE en date du 6 mars 1980 avant de l'interroger sur la possible application de la Convention de Bruxelles de 1968 à un acte authentique passé entre les époux et contenant des stipulations relatives à l'obligation alimentaire en vue du prononcé du divorce. Dans cet arrêt, la CJCE avait déclaré que cette Convention était applicable à l'exécution d'une mesure provisoire ordonnée par un juge français dans une procédure de divorce à l'issue de laquelle une des parties obtient une pension alimentaire ou une prestation compensatoire.

268. En outre, la Cour de cassation semble également influencée par la conception de la CJUE dans la manière de définir les notions dont le sens n'a pas été précisé par le droit dérivé⁹⁶⁶. Dans un arrêt du 8 novembre 2005⁹⁶⁷, la CJCE invitait le juge national à privilégier une définition communautaire de ses notions dites autonomes. C'est précisément ce qu'a fait la Cour de cassation dans ses arrêts du 6 décembre 2005⁹⁶⁸ et du 14 décembre 2005⁹⁶⁹. Dans la première affaire, elle a censuré une cour d'appel ayant retenu une appréciation nationale de la notion de litispendance et ensuite précisé, au visa de l'article 21 de la Convention de Bruxelles du 27 décembre 1968, que cette notion « se définit par des termes devant recevoir une interprétation communautaire autonome donnée par la Cour de justice des Communautés européennes » dans son « arrêt *Gubish Maschinen Fabrik AG c/ Palumbo* du 8 décembre 1987⁹⁷⁰ ». Dans le second arrêt, la Cour de cassation⁹⁷¹ faisant application de l'article 2 du règlement CE n° 1347 du 29 mai 2000 dans le cadre d'une procédure de divorce, énonce que « la résidence habituelle, notion autonome de droit communautaire, se définit comme le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituelle de ses intérêts ». Sans le faire apparaître expressément, la Cour de cassation n'a fait que reprendre mot à mot la définition donnée par la CJCE dans un arrêt du 15 septembre

exécution d'un acte authentique par lequel une des parties s'engageait à verser certaines sommes à titre de pension alimentaire.

⁹⁶⁶ Voir dans ce sens C. Nourissat, Les relations entre droit communautaire et droit de la famille, *G.P.*, 7 et 8 juillet 2006, pp. 25-28.

⁹⁶⁷ CJCE, 8 novembre 2005, *Götz Leffler*, aff. C-443/03.

⁹⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 6 décembre 2005, pourvoi n° 01-13447, Bull., I, n° 465, p. 392.

⁹⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 14 décembre 2005, pourvoi n° 05-10951, Bull., I, n° 506, p. 42 : M. Farge, Etait-il opportun de définir la notion de résidence habituelle en droit international privé communautaire ? A propos de Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2005, *Dr. fam.* 2005, n° 3, Etude n° 17.

⁹⁷⁰ Aff. 144/86.

⁹⁷¹ Dans cette affaire la Cour de cassation a approuvé la définition adoptée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans son arrêt du 18 novembre 2004 : *G.P.* 2005, 1, Somm., p. 596 ; *D.* 2005, p. 615, obs. C. Nourissat.

1994⁹⁷² ayant trait aux conditions d'octroi d'une indemnité de dépaysement prévue par le statut des fonctionnaires des Communautés européennes et reprise plusieurs fois dans bien d'autres secteurs du droit de l'Union européenne⁹⁷³.

La Cour s'est ainsi conformée au rapport explicatif de la Convention « *Bruxelles II* » rédigé par Mme A. Borrás, lequel précise qu'« il a été envisagé d'inclure une règle qui fixerait le lieu de résidence habituelle d'une manière analogue à celle dont l'article 52 de la convention de Bruxelles de 1968 fixe le domicile, mais cette solution a finalement été rejetée. Cependant, il a été tenu particulièrement compte du fait que la Cour a, à plusieurs reprises, même si ce n'était pas dans le cadre de la convention de Bruxelles de 1968, défini la résidence habituelle 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, étant entendu qu'à fin de détermination de cette résidence, il importe de tenir compte de tous les éléments de fait constitutifs de celle-ci" »⁹⁷⁴. Néanmoins, la définition de la notion de résidence habituelle retenue dans les autres secteurs de l'Union européenne ne semble pas adaptée aux objectifs du règlement *Bruxelles II* Bis. Aussi, aurait-il mieux valu pour la Cour de cassation française de saisir la CJUE d'une question préjudicielle à l'instar du juge finlandais⁹⁷⁵.

269. Parce que le juge français semble intégrer de manière croissante la dimension européenne et communautaire de sa fonction juridictionnelle, il est permis de confirmer, en ce qui concerne la matière familiale, l'affirmation de M. Guy Canivet, alors Premier Président de la Cour de cassation, selon laquelle « depuis cinquante ans, dans la continuité progressive de sa jurisprudence, la Cour de cassation donne plein effet aux traités et conventions européennes souscrits par la France. Elle le fait selon l'interprétation donnée par les deux cours instituées par ces actes internationaux et en pleine conformité avec notre constitution. De cette manière, selon les équilibres de notre Etat de droit, elle règle les tensions persistantes entre la souveraineté nationale et la prééminence d'ordres juridiques et judiciaires

⁹⁷² CJCE, 15 septembre 1994, aff. C-452/93 P, Pedro Magdalena Fernandez contre Commission, Rec., I, p. 4295. Voir le point 22.

⁹⁷³ Voir notamment en matière de sécurité sociale des travailleurs migrants : CJCE, 12 juillet 1973, aff. 13/73, Rec., p. 935 ; 13 février 1977, Di Paolo c. Office national de l'emploi, aff. 76-76, Rec., p. 315 ; 25 février 1999, Robin Swaddlind c. Adjudication Officer, aff. C-90/97, Rec., I-1075. Ou bien en ce qui concerne les litiges opposant l'Union européenne aux fonctionnaires communautaires : CJCE, 9 octobre 1984, Witte c. Parlement européen, aff. 188/83, Rec., p. 3465 ; 24 juin 1987, von Neuhoff c. Commission, aff. 61/85, Rec., p. 2853 ; 14 juillet 1988, Schäfleïn c. Commission, aff. 284/87, Rec., p. 4475.

⁹⁷⁴ A. Borrás, Rapport explicatif relatif à la Convention établie sur la base de l'article K.3 du Traité de l'Union européenne concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, JOCE C.211 du 16 juillet 1998, p. 27, spéc. n° 32.

⁹⁷⁵ CJCE, 2 avr. 2009, aff. C-523/07, A., *Procédures*, 2009, Comm. n° 277, note C. Nourissat. Voir *infra* n° 474.

supranationaux »⁹⁷⁶. Il n'est donc pas surprenant que la Cour de cassation ait pu être qualifiée de « pro-européenne » par la doctrine étrangère⁹⁷⁷.

⁹⁷⁶ Voir intervention du Premier Président de la Cour de cassation, M. Guy Canivet, à l'occasion de la cérémonie de rentrée solennelle de la Cour de cassation, le 8 janvier 2007, publications de la Cour de cassation.

⁹⁷⁷ Voir J. Plötner, *The European Court and Nationals Doctrine and Jurisprudence : Legal Change in its Social Context, Report on France, EUI Working Paper*, Robert Schuman Centre, n° 95/28, European University Institute, 1995. Il y est écrit que la Cour de cassation « has proven to be the most pro-European supreme court of France », spéc. p. 4.

Section 2 : L'influence du droit européen supranational sur les autres droits européens nationaux de la famille

270. Les autorités françaises ne sont pas les seules à tirer les conséquences des exigences européennes supranationales en droit de la famille. Les autres Etats européens le font également⁹⁷⁸. Aussi, dans une perspective comparatiste, il convient d'en relever quelques exemples. Dans les ordres juridiques internes voisins, le « phénomène d'attraction » du droit européen, qu'il soit écrit ou jurisprudentiel, s'exerce aussi sur les autorités normatives (§1) et sur les juridictions nationales (§2).

§1. L'influence du droit européen sur les autorités normatives des autres pays

271. Compte tenu de sa proximité tant géographique que juridique avec la France, en termes bien entendu de règles issues du Code civil, l'exemple belge (A) sera étudié avant d'évoquer celui d'autres Etats (B).

A. L'exemple belge

272. On a pu relever l'impact du droit européen supranational sur le législateur belge à partir de l'examen des documents parlementaires belges. D'un point de vue général, les autorités normatives belges puisent dans cette source internationale pour en dégager les principes directeurs qui constituent le fondement juridique de la réforme entreprise. Il est vrai que le Parlement belge n'hésite pas à citer les textes européens, qu'ils soient contraignants ou non, ainsi que la jurisprudence européenne pour justifier de sa pertinence. De nombreux exemples ont pu être répertoriés. Pour certains, la proposition de réforme a abouti à l'adoption d'une loi tandis que pour d'autres, la réforme n'a pas abouti ou pas encore. Parmi ceux-ci peuvent être citées les propositions de loi en matière d'attribution du nom de famille. Le législateur belge envisage depuis plusieurs années de modifier l'article 335 du Code civil en vue d'assurer l'attribution égalitaire du nom de famille. Malgré de nombreuses propositions

⁹⁷⁸ F. Granet, L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'homme dans les Etats membres de la Commission internationale de l'état civil, *R.T.D. eur.* 1997, pp. 653-684.

formulées en ce sens, la réforme n'a toujours pas abouti. La majorité des propositions s'appuient sur les résolutions ou recommandations du Conseil de l'Europe ayant trait à l'égalité des époux dans l'attribution du nom⁹⁷⁹. Sur dix propositions de loi formulées au cours des deux dernières législatures sur ce sujet⁹⁸⁰, six font référence à ces textes non contraignants pour souligner qu'« il n'est plus souhaitable de maintenir la situation actuelle ».

273. Les lois du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale⁹⁸¹ et du 21 février 2005 modifiant le code judiciaire en ce qui concerne la médiation⁹⁸² sont des exemples typiques de l'influence du droit européen sur le législateur belge. La loi de 1995, modifiant les articles 373 et 375 du Code civil belge en vue de faire de l'exercice en commun de l'autorité parentale une règle générale en supprimant la condition de vie commune entre les père et mère, est issue d'une proposition de loi⁹⁸³ s'appuyant à titre confortatif sur une résolution du parlement européen en date du 8 juillet 1986⁹⁸⁴. Les parlementaires soulignent que ce texte fait appel aux tribunaux des pays membres de veiller avant tout au bien-être des enfants principalement lors de l'attribution de la garde de ceux-ci et d'assurer la coresponsabilité des parents dans l'éducation des enfants même après la séparation des parents en recourant le plus possible à la garde conjointe. La loi de 2005 introduisant dans le code judiciaire belge la médiation familiale s'appuie⁹⁸⁵ sur la recommandation n° R (98) 1 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Les parlementaires ont rappelé que ce texte

⁹⁷⁹ Ils visent notamment la résolution 78 (37) sur l'égalité des époux en droit civil adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 27 septembre 1978, les recommandations 1271 (1995) et 1362 (1998) relatives aux discriminations entre les hommes et les femmes pour le choix du nom de famille et la transmission du nom des parents aux enfants adoptés respectivement par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 28 avril 1995 et le 18 mars 1998.

⁹⁸⁰ Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne l'attribution du nom de famille afin d'établir clairement la filiation avec la mère tout en préservant l'historicité de la filiation paternelle, Doc. 51. 2507/001, session 2005-2006 ; Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne l'attribution du nom de famille, afin de garantir la transmission de l'identité familiale par le port du double nom, Doc. 51. 2037/001, session 2005-2006 ; Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les effets de la filiation et de l'adoption sur le nom de l'enfant, Doc. 51. 0724/001, session 2003-2004 ; Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le nom patronymique, Doc. 51. 0248/001, session 2003-2004 ; Proposition de loi modifiant l'article 335 du Code civil en ce qui concerne l'attribution du nom de l'enfant, Doc. 51. 0089/001, session 2003-2004 ; proposition de loi modifiant l'article 335 du Code civil en ce qui concerne l'attribution du nom de l'enfant, Doc. 52. 0327/001, session 2007-2008 ; proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne l'attribution du nom de famille afin d'établir clairement la filiation avec la mère tout en préservant l'historicité de la filiation paternelle, Doc. 52. 0274/001, session 2007-2008 et proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne l'attribution du nom de famille, afin de garantir la transmission de l'identité familiale par le port du double nom, Doc. 52. 0047/001, session 2007.

⁹⁸¹ Loi n° 1995009457, publiée au M.B. le 24 mai 1995, p. 14484, et entrée en vigueur le 3 juin 1995.

⁹⁸² Loi n° 2005009173, publiée au M.B. le 22 mars 2005, p. 12772, et entrée en vigueur le 30 septembre 2005.

⁹⁸³ Proposition de loi relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, Doc. 1430/1, session 1993-1994.

⁹⁸⁴ Résolution sur les familles monoparentales, JOCE n° C 227/31, du 8 septembre 1986.

⁹⁸⁵ Proposition de loi modifiant le code judiciaire en ce qui concerne la médiation, Doc. 51. 0327/001, session 2003-2004.

invite les gouvernements des Etats membres à instituer ou promouvoir la médiation familiale ou le cas échéant à renforcer la médiation familiale existante.

274. Dans d'autres hypothèses, le droit européen supranational a joué un rôle « moteur »⁹⁸⁶ dans la réforme envisagée. L'exemple le plus connu de l'influence du droit européen sur les autorités normatives belges est celui de l'arrêt *Marckx* condamnant la Belgique pour discrimination entre enfants naturels et enfants légitimes en termes d'établissement de la filiation maternelle et de vocation successorale. Le législateur belge a adopté la loi du 31 mars 1987⁹⁸⁷ modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation en vue de modifier l'article 312 du Code civil pour y consacrer le principe « *mater semper certa est* » et en vue de supprimer l'ancien article 756 du Code civil belge établissant une discrimination relative aux droits successoraux des enfants naturels. Même si le législateur belge a envisagé une réforme égalitaire bien avant la condamnation européenne, l'arrêt *Marckx* a insufflé les grands principes qui ont présidé à la réforme de 1987. Le projet de loi n° 305 déposé au Sénat le 15 février 1978⁹⁸⁸ entendait déjà instaurer une égalité de droit entre les enfants quelle que soit la nature de leur filiation⁹⁸⁹. Le gouvernement invoquait d'ailleurs à l'appui de son projet une résolution du Comité des ministres du Conseil de l'Europe⁹⁹⁰ « dans laquelle il était notamment recommandé aux gouvernements de sensibiliser l'opinion publique aux problèmes des mères célibataires et de leurs enfants et d'orienter la société vers une plus grande compréhension de leur situation, de manière à abolir tout jugement discriminatoire à leur égard et à les faire accepter sur un pied d'égalité avec les autres familles ». Il a fait également état des principes issus de la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage adoptée le 15 octobre 1975⁹⁹¹. L'analyse des documents parlementaires ayant suivi la condamnation belge, permet d'affirmer que les principes dégagés par la Cour européenne dans l'arrêt *Marckx* ont principalement aiguillé le législateur. Il ressort clairement de l'étude des travaux parlementaires une volonté des élus de contrôler la conformité des

⁹⁸⁶ Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 2005, spéc. p. 484.

⁹⁸⁷ Loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions relatives à la filiation, *Moniteur Belge*, 27 mai 1987, p. 8250.

⁹⁸⁸ Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption, Doc. n° 305 (1977-1978), consultable sur le site du Sénat de Belgique, www.senate.be

⁹⁸⁹ M.-Th. Meulders-Klein, Le contexte et les lignes de force du projet n° 305, *Ann. Dr. Louvain*, 1979, p. 155.

⁹⁹⁰ Résolution du 15 mai 1970 sur la protection sociale des mères célibataires et de leurs enfants.

⁹⁹¹ Voir exposé des motifs du projet de loi n° 305 précité.

directions prises dans le texte de la réforme aux interprétations de la Cour européenne, sans néanmoins étendre leur portée⁹⁹².

275. Parfois le législateur belge adapte son droit interne pour se conformer au droit européen ou bien faciliter sa mise en œuvre. La loi du 10 mai 2007⁹⁹³ visant à assurer la mise en œuvre du règlement CE n° 2201/2003 en est un exemple. En effet le législateur belge a réintroduit dans sa législation les notions de « droit de garde » et « droit de visite » qu'il avait abandonnées en 1995 en réformant le droit de l'autorité parentale. Il a précisé l'avoir fait, dans le but d'éviter toute confusion, en raison de l'utilisation de cette terminologie dans le règlement *Bruxelles II Bis*⁹⁹⁴. Il est encore une autre incidence du droit de l'Union européenne sur le fond du droit belge. En effet, dans cette loi les autorités belges utilisent la notion de responsabilité parentale en lieu et place de l'autorité parentale, alors consacrée par la réforme du 13 avril 1995. Or il s'agit précisément de la terminologie utilisée par le règlement *Bruxelles II Bis* mis en œuvre.

276. Le droit européen n'est pas le seul catalyseur. Le droit comparé et l'évolution des mœurs orientent également le législateur belge qui, parfois, n'hésite pas à offrir une protection plus étendue que celle garantie par le droit européen. La loi du 13 décembre 2003⁹⁹⁵ ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil en témoigne. Un rapport parlementaire indiquait notamment : « bien que provisoirement l'interprétation que la Cour EDH donne à l'article 12 de la Conv. ESDH ne soit pas encore suffisamment large pour inclure le mariage de deux personnes de même sexe l'évolution de la société en Belgique (comme aux Pays-Bas) pourrait donner lieu à une interprétation plus large en ce qui concerne notre pays »⁹⁹⁶. Par cette formule, les autorités normatives belges indiquent qu'elles appréhendent avec le recul nécessaire le droit européen supranational et n'hésitent pas à s'en détacher pour offrir davantage de garantie dès lors que l'évolution de la

⁹⁹² Voir pour le Sénat : Doc. n° 338 (1985-1986) et Doc. n° 904 (1984-1985) et pour la Chambre des représentants : Doc. n° 1315 (1984-1985) et Doc. n° 378 (1985-1986).

⁹⁹³ Loi visant à assurer la mise en œuvre 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, de la Convention européenne de Luxembourg du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants ainsi que de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant, publiée le 21 juin 2007, M.B., p. 34264-34267.

⁹⁹⁴ Projet de loi n° 3002, Doc. Ch. 51. 3002/001, session 2006-2007.

⁹⁹⁵ Loi n° 2003009163, publiée le 28 février 2003, M.B., p. 9880, et entrée en vigueur le 1^{er} juin 2003.

⁹⁹⁶ Voir le rapport fait au nom de la Commission de la justice sur le projet de loi n° 2165 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Doc. Ch. 50. 2165/002, session 2002-2003.

société le justifie. A cet égard, la Cour constitutionnelle⁹⁹⁷ belge a rejeté une action en annulation de la loi du 13 février 2003 en soulignant que l'article 12 de la Conv. ESDH ne saurait être interprété en ce sens qu'ils empêcheraient les Etats membres d'accorder ce droit aux personnes qui souhaitent l'exercer avec des personnes de même sexe. Elle a abouti à cette conclusion après avoir pris en compte l'article 53 de la Convention énonçant clairement que la Convention ne fait pas obstacle à ce que les Etats parties adoptent des dispositions qui protègent les droits qui y sont reconnus à un degré plus élevé. Cela permet d'écarter toute idée de soumission aveugle du législateur national à l'égard du droit européen. Aussi, est-il possible d'affirmer que ce dernier est un indicateur de réforme parmi d'autres.

B. Les autres pays

277. La Belgique n'est pas le seul Etat à avoir tiré les conséquences de l'interprétation européenne en ce qui concerne l'égalité des filiations pour réformer son droit interne de la famille. Selon la doctrine néerlandaise, « l'interprétation évolutive de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme a ébranlé le droit des personnes et de la famille et a entraîné un nombre considérable de propositions de lois et de décisions judiciaires » concernant « le droit au patronyme, le droit de la filiation, l'adoption, l'autorité parentale, le droit de visite et les mesures prises en matière de protection de l'enfance »⁹⁹⁸. C'est notamment à la suite de l'arrêt *Marckx* que fut adoptée la loi du 27 octobre 1982 assimilant le statut juridique de l'enfant naturel à celui de l'enfant légitime en droit des successions et en droit de la famille, exception faite de l'établissement de la filiation paternelle⁹⁹⁹. En tirant les conséquences d'un arrêt rendu à l'encontre d'un autre Etat membre, le Parlement néerlandais a été accusé par la doctrine d'« un bel excès de zèle »¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁷ C.A., 20 octobre 2004.

⁹⁹⁸ M. de Bruijn-Lückers, La réfection du droit de la famille néerlandais par la jurisprudence en application de la Convention européenne des droits de l'Homme, dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Université de Lille II, 15 et 16 décembre 1994, L.G.D.J., 1996, pp.147-156, spéc. p.147. Voir également dans ce sens S. Kortmann, L'incidence de la jurisprudence de la cour de Strasbourg sur le droit de la famille néerlandais, dans *Les incidences des jurisprudences internationales sur les droits néerlandais et français notamment sur les Droits de l'Homme*, Actes du Colloque organisé à Poitiers les 13-14-15 mai 1991 par les Facultés de Droit de Nimègue et de Poitiers, PUF, 1992, pp.93-104. Selon cet auteur la Conv. ESDH a joué « un rôle considérable » dans l'évolution du droit de la famille néerlandais et l'arrêt *Marckx* a exercé « une influence incomparable » sur le droit de la filiation néerlandais.

⁹⁹⁹ M. de Bruijn-Lückers, *ibidem*, spéc. p.148.

¹⁰⁰⁰ M.-T. Meulders-Klein, Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ?, dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, *op. cit.*, pp. 179-213, spéc. p. 197.

278. D'autres Etats ont réformé leur législation à la suite de la condamnation de leur système discriminatoire par la Cour EDH. A la suite de l'arrêt *Inze*¹⁰⁰¹, le législateur autrichien a remplacé la loi carinthienne de 1903 sur les exploitations agricoles héréditaires dont l'article 7.2 privilégiait les enfants légitimes par la loi du 13 décembre 1989 dont les articles 6.1.4 et 6.2.2 attribuent désormais l'exploitation agricole héréditaire sur des critères objectifs tels la formation à la gestion d'une ferme, le fait d'avoir été élevé dans la propriété ou bien la compétence des héritiers et non plus sur le critère de la naissance¹⁰⁰². Il échet de rappeler que dans l'arrêt *Inze*, la Cour EDH avait jugé la loi provinciale litigieuse discriminatoire parce que le critère de sélection de l'héritier principal reposait sur la naissance et avait conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 1 du protocole n° 1 de la Conv. ESDH.

279. Pour un autre exemple, l'Irlande a adopté en 1987, soit postérieurement à l'arrêt *Johnston* de la Cour EDH¹⁰⁰³, une loi sur la condition des enfants (Status of Children Act 1987), assurant l'égalité des droits des enfants légitimes et nés hors mariage. Ce texte a mis sur un pied d'égalité tous les enfants tant en ce qui concerne l'établissement de la filiation, que la garde, l'entretien ou la vocation successorale¹⁰⁰⁴. Cette réforme envisagée par le gouvernement irlandais dès 1985 avant de prendre forme dans un projet de loi en 1986 a sans doute abouti rapidement du fait de la condamnation de la Suisse.

280. Le droit européen a joué un rôle important dans la consécration en droit interne des Etats membres de l'égalité des filiations. Il est cependant d'autres domaines dans lesquels il a joué un rôle moteur. Il s'agit notamment du droit au changement de l'Etat civil des transsexuels¹⁰⁰⁵. A l'instar de la France, le Royaume-Uni a été contraint de prendre des mesures en ce sens après sa condamnation par la Cour EDH dans son arrêt *Goodwin* du 11 juillet 2002. Dans cette affaire, la Cour EDH a constaté une violation du droit au respect de la vie privée que garantit l'article 8 de la Conv. ESDH, en raison du refus des autorités du

¹⁰⁰¹ Cour EDH, *Inze c/ Autriche*, 28 octobre 1987, A-126.

¹⁰⁰² Voir le document du Conseil de l'Europe intitulé « *Mesures générales adoptées afin de prévenir de nouvelles violations de la Convention européenne des Droits de l'Homme* », H/Exec(2006)1. Il s'agit de mesures communiquées au Comité des Ministres lors de son contrôle de l'exécution des arrêts et des décisions en vertu de la Convention. Consultable sur :

[http://www.coe.int/t/f/droits_de_l'homme/execution/H-Exec\(2006\)18MG8960f.doc](http://www.coe.int/t/f/droits_de_l'homme/execution/H-Exec(2006)18MG8960f.doc), spéc. p. 20

¹⁰⁰³ Cour EDH, *Johnston et autres c. Suisse*, 18 décembre 1986, A-112 : *AFDI*, 1987, 239, obs. V. Coussirat-Coustère ; *J.D.I.* 1987, 812, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, p. 511.

¹⁰⁰⁴ Voir le document du Conseil de l'Europe précité, spéc. pp. 165 et 166.

¹⁰⁰⁵ Voir la note de synthèse de F. Granet sur *Le transsexualisme en Europe*, consultable sur :

<http://www.ciecl.org/Etudes/transsexualisme/TranssexualismeEnEurope.NoteSynthese2avecMAJau20-9-02.pdf>

Royaume-Uni de reconnaître juridiquement sa nouvelle identité sexuelle. La reconnaissance juridique du nouveau sexe a été accordée aux personnes transsexuelles par la loi sur la reconnaissance sexuelle de 2004 (Gender Recognition Act 2004), entrée en vigueur le 4 avril 2005¹⁰⁰⁶. La note explicative¹⁰⁰⁷ de ce texte fait clairement apparaître que la condamnation européenne du Royaume-Uni a joué un rôle décisif dans le vote de ce texte.

281. Il en va ainsi également en droit suisse concernant le droit au nom et le droit au mariage ou plus précisément le droit au remariage. Après avoir été condamnée par la Cour EDH dans son arrêt *Burghartz*¹⁰⁰⁸, le Conseil fédéral suisse a amendé l'article 177.a de l'ordonnance sur l'état civil le 1^{er} juillet 1994 et ouvert la possibilité aux époux de conserver leur nom en l'ajoutant au nom de famille qu'ils ont choisi¹⁰⁰⁹. La Cour EDH avait en effet jugé discriminatoire, car reposant sur une différence de traitement fondée sur le sexe, le système légal suisse¹⁰¹⁰ refusant d'accorder à l'époux le droit de faire précéder son nom de famille de celui de son épouse. Même si la méthode de réforme adoptée par l'exécutif belge lui a valu d'être critiqué pour empiètement sur la compétence législative, elle a le mérite de faire état de la rapidité avec laquelle les autorités suisses ont mis leur droit interne en conformité avec la Conv. ESDH¹⁰¹¹. En outre, à la suite de l'arrêt *F.* de la Cour EDH condamnant la Suisse pour violation de l'article 12 de la Conv. ESDH¹⁰¹², les autorités normatives suisses par l'adoption de la loi du 26 juin 1998¹⁰¹³ ont abrogé l'article 150 du Code civil suisse afin de permettre le remariage sans délai de viduité. Malgré la tardiveté de la réforme législative, il convient de souligner que postérieurement à l'arrêt *F.*, le chef du « Département fédéral de justice et police » avait porté cette décision à la connaissance des tribunaux fédéraux et départements de justice des cantons afin que ceux-ci appliquent la jurisprudence européenne, et ce compte tenu de la jurisprudence bien établie du Tribunal fédéral en ce qui concerne le statut de la Conv. ESDH et de la Cour EDH en droit suisse. Dans de nombreuses décisions, le Tribunal fédéral Suisse s'est en effet déclaré obligé d'appliquer la

¹⁰⁰⁶ Pour un exposé des conditions permettant le changement d'état civil voir :

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_tableau_transsexualisme.pdf

¹⁰⁰⁷ Explanatory notes to Gender Recognition Act, point 6. Consultable sur :

http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2004/en/ukpgaen_20040007_en_1

¹⁰⁰⁸ Cour EDH, *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, A.280-B, précité.

¹⁰⁰⁹ Voir le document du Conseil de l'Europe précité, spéc. pp. 224 et 225.

¹⁰¹⁰ Article 160 du Code civil suisse.

¹⁰¹¹ Voir dans ce sens M. Hottelier, H. Mock et M. Puéchavey, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 146.

¹⁰¹² Cour EDH, *F. c/ Suisse*, 18 décembre 1987, A-128. La cour énonça que l'interdiction temporaire de remariage en droit suisse touchait à la substance même du droit au mariage. *J.D.I.* 1988, 892, obs. P. Tavernier.

¹⁰¹³ Voir <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/a210.html>

Conv. ESDH et de suivre la jurisprudence de la Cour EDH¹⁰¹⁴. A l'instar des juridictions suisses, les juges des autres Etats européens ont fait preuve de coopération en terme de réception du droit européen.

§2. L'influence du droit européen supranational sur les juges nationaux des autres pays

282. Comme précédemment l'exemple du juge belge sera développé (A) avant d'évoquer celui du juge allemand et du juge néerlandais (B).

A. L'exemple des juridictions belges

283. En droit belge, le législateur n'a pas été le seul à tirer les conséquences de l'arrêt *Marckx*, la Cour constitutionnelle (1) et la Cour de cassation (2) se sont ralliées à l'action législative¹⁰¹⁵.

1. La Cour constitutionnelle belge

284. La Cour constitutionnelle belge effectue son contrôle de constitutionnalité en référence à la Conv. ESDH telle qu'interprétée par la Cour EDH. La Cour constitutionnelle belge s'est prononcée sur la question de la force juridique des arrêts de la Cour EDH dans un arrêt du 4 juillet 1991. Néanmoins si elle ne s'est jamais expressément prononcée sur cette question avant cette date, il n'empêche qu'elle ne s'est jamais détournée de la jurisprudence de la Cour EDH, particulièrement en ce qui concerne la portée des principes d'égalité et de non discrimination. La première fois que la Cour constitutionnelle fut saisie de la question du respect de ces principes¹⁰¹⁶, en raison de l'élargissement de ses compétences en 1988, elle les a définis en totale conformité avec la définition retenue par la Cour EDH dans son arrêt relatif à *certain aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* du 23 juillet 1968¹⁰¹⁷. Aussi, à défaut de reconnaissance explicite de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour EDH, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle « reflète(ait) l'autorité morale et la valeur

¹⁰¹⁴ Voir le document du Conseil de l'Europe précité, spéc. pp. 220 et 221.

¹⁰¹⁵ P. Lambert, *La Belgique devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, spéc. p. 124.

¹⁰¹⁶ C.A., n° 21/89 du 13 juillet 1989, B.4.5b.

¹⁰¹⁷ Cour EDH, 23 juillet 1968, *affaire linguistique belge*, A-6, § 10 : A.F.D.I. 1968, 201, obs. R. Pelloux ; R.B.D.I. 1970, 353, obs. J. Verhoeven.

de référence qu'elle leur porte »¹⁰¹⁸. Désormais, la Cour constitutionnelle ne se cache plus de l'influence qu'exerce sur elle la Cour EDH et elle l'a expressément reconnu à l'occasion de la mise en œuvre du célèbre arrêt *Marckx*.

285. Alors qu'elle était encore dénommée Cour d'arbitrage¹⁰¹⁹, elle a été amenée à statuer sur la compatibilité de l'article 107 de la loi du 31 mars 1987 maintenant une différence de traitement entre les enfants naturels et les enfants légitimes concernant les droits issus de successions ouvertes avant le 6 juin 1987¹⁰²⁰ et les articles 6 et *6bis*¹⁰²¹ de la Constitution belge ayant trait à l'égalité et à la non-discrimination. La Cour d'arbitrage saisie d'un renvoi préjudiciel par la Cour de cassation belge¹⁰²² conclut à la violation de la Constitution¹⁰²³. Pour aboutir à cette solution, la Cour d'arbitrage s'est expressément référée à l'arrêt *Marckx* de la Cour EDH¹⁰²⁴ et a fait de la jurisprudence européenne une réserve d'interprétation de la Constitution belge. En effet, pour définir les règles constitutionnelles de l'égalité des belges devant la loi et de la non-discrimination, la Cour d'arbitrage s'est alignée sur l'interprétation de la Cour EDH¹⁰²⁵. Elle s'est également référée à l'arrêt *Marckx* pour énoncer que les successions ouvertes avant le 13 juin 1979 ne sont pas affectées par le constat d'inconstitutionnalité de l'ancien article 756 du Code civil et que corrélativement ce dernier texte ne serait plus applicable aux successions ouvertes à partir de cette date¹⁰²⁶. Ainsi la Cour d'arbitrage a fait une application fidèle de l'arrêt *Marckx* tant dans la solution de fond adoptée

¹⁰¹⁸ C. Courtoy, *Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence, en cette matière, de l'action des juridictions européennes*, Rapport de la Cour d'arbitrage du Royaume de Belgique à l'occasion de la Conférence des Cours constitutionnelles européenne, XIIe Congrès, voir III, point. 43.2, <http://www.confcoconsteu.org/reports/Belgie-FR.pdf> ; voir également M. Verdussen, La Cour d'arbitrage belge et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, *Rev. fr. de dr. const.* 1994, pp. 433-438 ; M. Melchior et L. De Greve, Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ?, Rapport belge à la IXe Conférence des Cours constitutionnelles européennes, *R.U.D.H.* 1995, pp. 217-247 ; X. Delgrange, Quand la Cour d'arbitrage s'inspire de la Cour de Strasbourg, *Rev. rég. dr.* 1989, pp. 619-622 ; H. Bribosia, Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge, *R.B.D.I.* 1996, pp. 33-86, spéc. p.71.

¹⁰¹⁹ La modification dans la dénomination de la cour compétente pour apprécier si les normes ayant force de loi sont conformes à la Constitution belge est intervenue lors de la révision constitutionnelle du 7 mai 2007.

¹⁰²⁰ Cet article dispose de façon transitoire que, si la loi nouvelle s'applique en principe aux enfants nés avant la date de l'entrée en vigueur et encore en vie, les droits issus des successions ouvertes avant le 6 juin 1987 ne seront pas remis en cause.

¹⁰²¹ Devenus les articles 10 et 11 de la Constitution belge depuis 1994.

¹⁰²² Cass. 1^{re} ch., 2 mars 1990, *J.T.* 1991, p. 209. La Cour de cassation était saisie d'un pourvoi formé par un enfant naturel non reconnu et exclu du bénéfice de successions ouvertes le 21 juillet 1956 et le 22 mai 1983.

¹⁰²³ C.A., n° 18/91, 4 juillet 1991, E.c. Verryt c. Van Calster, M.B., 22 août 1991. Les arrêts de la Cour d'arbitrage belge peuvent être consultés en français sur le site www.arbitrage.be

¹⁰²⁴ Voir point B.6. de l'arrêt.

¹⁰²⁵ M. Verdussen, La Cour d'arbitrage belge et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, *Rev. fr. dr. const.* 1994, pp. 433-438., spéc. p. 435.

¹⁰²⁶ Voir point B.10. de l'arrêt.

que dans la précision de l'applicabilité temporelle de son arrêt¹⁰²⁷. Parce qu'elle tire tous les enseignements de l'arrêt *Marckx* et épargne la Belgique d'une nouvelle condamnation en étendant l'application de la loi du 31 mars 1987 aux successions ouvertes à partir du 13 juin 1979, la Cour d'arbitrage a relayé l'action du législateur, lequel n'avait pas complètement tiré les conséquences de la jurisprudence européenne. Cette fonction supplétive de la Cour d'arbitrage dans la garantie du respect des engagements internationaux de l'Etat belge a suscité l'émoi d'une partie de la doctrine belge. Certains auteurs ont en effet estimé que sous prétexte de supranationalité de la Conv. ESDH, la Cour d'arbitrage avait excédé les limites de ses compétences¹⁰²⁸.

286. Malgré ces reproches, la Cour d'arbitrage a reconduit cette jurisprudence dans un arrêt du 1^{er} décembre 1993¹⁰²⁹. Saisie par la Cour de cassation à la suite d'un pourvoi formé par la représentante légale d'enfants adultérins exclus de la succession de leur père ouverte le 10 janvier 1984, la Cour d'arbitrage a confirmé l'inconstitutionnalité de l'article 107 de la loi du 31 mars 1987 en s'appuyant largement sur la jurisprudence de la Cour EDH puisqu'elle a cité pas moins de trois arrêts de la juridiction strasbourgeoise dans les motifs développés au soutien de son dispositif. Il s'agit des arrêts *Marckx* et *Vermeire* jugeant discriminatoire l'absence totale de vocation successorale d'un enfant fondée sur le seul caractère naturel du lien de parenté, mais aussi de l'arrêt *Johnston* par lequel elle rappelle que le développement des liens familiaux naturels entre les auteurs d'un enfant adultérin et cet enfant « exige que cet enfant soit placé, juridiquement et socialement, dans une position voisine de celle d'un enfant légitime »¹⁰³⁰. Cette dernière référence démontre que la Cour constitutionnelle belge puise également dans la jurisprudence européenne rendue à l'encontre d'autres Etats européens pour interpréter les règles constitutionnelles de son pays. La Cour d'arbitrage, dans cet arrêt est allée beaucoup plus loin. En énonçant que le législateur belge avait méconnu le principe

¹⁰²⁷ Voir dans ce sens O. de Schutter, Obs. ss. C.A., 4 juillet 1991, dans O. de Schutter et S. van Drooghenbroeck, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Larcier, 1999, III.5, pp. 465-475, spéc. p. 469.

¹⁰²⁸ Voir notamment J. Verhoeven, Applicabilité directe des traités et intention des parties contractantes, dans *Liber amicorum E. Krings*, Story-Scientia, 1991, p. 895. L'auteur met en exergue le bouleversement apporté au principe de la séparation des pouvoirs par l'application directe de la règle internationale. Voir également F. et M.-F. Rigaux, La famille devant le juge constitutionnel et le juge international, dans *Présence du droit public et des droits de l'homme*, Mélanges offerts à J. Velu, t.III, Bruylant, 1992, p. 1711, spéc. p. 1727. Les auteurs ont notamment déclaré si « la Cour d'arbitrage est tenue, comme toutes les juridictions belges, de respecter les engagements internationaux de la Belgique », elle n'est « pas chargée de faire respecter ces engagements ».

¹⁰²⁹ C.A., n° 83/93, 1^{er} décembre 1993, Benita M'Bayo Wa Mwamba c. Maria Vinck et consorts, M.B., 2 mars 1994.

¹⁰³⁰ Voir point B.4. de l'arrêt.

d'égalité et de non discrimination en raison de l'application de l'ancien texte discriminatoire aux successions ouvertes entre le 13 juin 1979 et le 6 juin 1987¹⁰³¹, elle s'est substituée à lui dans sa mission de garant des engagements internationaux de l'Etat belge et s'est présentée véritablement comme juge européen des droits de l'homme.

287. Il est encore bien d'autres arrêts où la Cour constitutionnelle belge se montre respectueuse de l'interprétation européenne et intègre cette jurisprudence comme faisant partie de la Constitution belge¹⁰³². Elle a notamment été saisie d'une question ayant trait au regroupement familial¹⁰³³ dans le cadre d'un recours en annulation et pour statuer elle s'est référée tant à la jurisprudence de la Cour EDH qu'à celle de la CJCE. Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle belge s'est prononcée sur la constitutionnalité de l'article 10 de la loi relative aux étrangers¹⁰³⁴ tel que modifié par l'article 6 de la loi du 15 septembre 2006. Ce texte confère le droit d'être admis de plein droit à séjourner plus de trois mois dans le Royaume belge au conjoint étranger ou à l'étranger avec lequel un partenariat enregistré a été conclu et qui vient cohabiter avec un étranger admis ou autorisé à séjourner dans le Royaume pour une durée illimitée ou autorisé à s'y établir, ainsi qu'à leurs enfants mineurs célibataires communs. En outre, ce texte précise qu'il n'est pas applicable au conjoint d'un étranger polygame si un autre conjoint de cette personne réside déjà dans le royaume, ni aux enfants issus d'un mariage polygame entre l'étranger et une autre épouse que celle qui séjourne déjà dans le Royaume. Après avoir précisé que, par cette disposition, le législateur belge entendait transposer l'article 4 de la directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial¹⁰³⁵, la cour rappelle que les restrictions internes admises par la directive en ce qui concerne le droit au regroupement familial des enfants mineurs d'un autre

¹⁰³¹ Voir point B.5.2 et s. de l'arrêt.

¹⁰³² Voir notamment les arrêts n° 63/92 et 39/90 du 8 octobre 1992 et du 21 décembre 1990. La Cour d'arbitrage a considéré que l'article 319 §3 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il subordonne la recevabilité de la reconnaissance d'un enfant mineur au consentement préalable de la mère alors même qu'elle n'en conteste pas la paternité. Voir également l'arrêt n° 157/ 2006 du 18 octobre 2006. La Cour était interrogée dans le cadre d'une action par laquelle le Procureur du Roi avait demandé l'annulation du mariage entre un homme qui, après le décès de sa femme, avait épousé la fille que celle-ci avait eue d'un précédent mariage en raison de sa prohibition absolue par l'article 161 du Code civil belge. La Cour s'est référée à l'arrêt *Rees* de la Cour EDH avant de conclure à la violation des articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec l'article 12 de la Conv. ESDH. La Cour a en effet estimé que si l'interdiction était justifiée, le caractère absolu de cette interdiction était disproportionné dans ses effets.

¹⁰³³ C.A., Arrêt n° 95/2008, 26 juin 2008.

¹⁰³⁴ Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

¹⁰³⁵ Cet article dispose qu' « en cas de mariage polygame, si le regroupant a déjà un conjoint vivant avec lui sur le territoire d'un Etat membre, l'Etat membre concerné n'autorise pas le regroupement familial d'un autre conjoint. Par dérogation au paragraphe 1, point c), les Etats membres peuvent imposer des restrictions concernant le regroupement familial des enfants mineurs d'un autre conjoint auprès du regroupant. »

conjoint auprès du regroupant ne sauraient être interprétées comme « autorisant les Etats membres, explicitement ou implicitement, à adopter des dispositions de mise en œuvre qui seraient contraires » « aux droits fondamentaux » et plus particulièrement « au droit au respect de la vie familiale »¹⁰³⁶ conformément à la jurisprudence de la CJCE¹⁰³⁷.

S'alignant sur l'interprétation luxembourgeoise de la directive, la Cour constitutionnelle allemande en déduit que « l'autorisation donnée aux Etats de formuler des restrictions au regroupement familial ne saurait être interprétée comme permettant au législateur de violer les articles 10 et 11 de la Constitution », c'est-à-dire les règles ayant trait à l'égalité et à la non-discrimination. C'est la raison pour laquelle la Cour constitutionnelle a vérifié la conformité du nouveau droit belge des étrangers à ces principes constitutionnels. Elle a dans un premier temps constaté une différence de traitement entre les enfants issus d'un mariage polygame dont la mère ne peut bénéficier du regroupement familial par application de l'article 10 de la loi belge sur les étrangers et les autres enfants mineurs de l'étranger bénéficiant du droit au regroupement familial parce qu'issus d'un mariage monogame ou d'un mariage polygame avec l'épouse déjà présente sur le territoire belge. Puis, considérant qu'il s'agissait en fait d'une différence de traitement fondée sur les circonstances de la naissance alors condamnée par la Cour EDH dans l'arrêt *Marckx*¹⁰³⁸, la Cour constitutionnelle a conclu à l'incompatibilité du nouveau texte belge avec les articles 10 et 11 de la Constitution et a procédé à l'annulation de la disposition litigieuse. Cette décision témoigne avec éloquence de l'attention que porte la Cour constitutionnelle belge sur ses rôles de juge du droit de l'Union européenne et de juge européen des droits de l'homme ainsi que sa capacité à jongler avec ces deux fonctions.

288. Dans d'autres hypothèses, l'intervention de la Cour d'arbitrage a permis de recadrer une réforme législative dans le sens de la conformité au droit européen. Dans un arrêt du 22 juillet 2004¹⁰³⁹, elle a jugé que l'article 1465 du Code civil violait les articles 10 et 11 de la Constitution dans l'interprétation selon laquelle il ne protège que les droits des enfants issus d'un mariage précédent, et non les droits des enfants conçus en dehors du mariage ou nés avant le mariage. La Cour a estimé que la distinction entre les enfants légitimes et les enfants conçus hors mariage reposait sur un critère objectif, mais non pertinent. A la suite de cet arrêt,

¹⁰³⁶ Voir point B.20.1 et s. de l'arrêt.

¹⁰³⁷ CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, C-540/03.

¹⁰³⁸ Voir point B.20.6 de l'arrêt.

¹⁰³⁹ CA, n° 140/2004, 22 juillet 2004.

le gouvernement déposa un projet de loi modifiant le Code civil en vue d'améliorer la protection successorale des enfants nés hors mariage¹⁰⁴⁰ en vue d'étendre la protection de l'article 1465 du Code civil aux enfants adultérins alors que les propositions parlementaires qui avaient précédé la décision de la Cour d'arbitrage limitaient cette extension aux enfants naturels simples. Ce projet de loi, adopté le 10 mai 2006¹⁰⁴¹, ne manqua pas de se référer tant à l'arrêt *Mazurek* qu'à l'arrêt *Merger et Cros contre France* pour souligner le fait que d'écarter les enfants adultérins de la protection de l'article 1465 du Code civil heurterait l'article 14 combiné avec l'article 1 du protocole n° 1 de la Conv. ESDH. En d'autres termes, la Cour constitutionnelle rappelle parfois au législateur ses engagements internationaux.

2. La Cour de cassation belge

289. A l'instar de son homologue française, la Cour de cassation belge a appréhendé avec beaucoup de distance la jurisprudence de la Cour EDH. Si elle a aisément admis l'effet direct de la Conv. ESDH et notamment de son article 8 dans l'ordre interne belge¹⁰⁴², elle a manifesté quelques résistances avant d'accorder un tel effet aux interprétations de la Cour EDH¹⁰⁴³. La Cour de cassation confère désormais aux arrêts de la Cour EDH la force¹⁰⁴⁴ juridique de la Convention que ces décisions ont interprétée. L'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en réaction à l'arrêt *Marckx* en témoigne. Alors que sous l'influence de l'arrêt *Marckx* certaines juridictions du fond belges avaient aligné les droits successoraux des enfants naturels sur ceux des enfants légitimes¹⁰⁴⁵ ou encore aligné les conditions de la reconnaissance d'un enfant adultérin avec celles de l'enfant naturel simple¹⁰⁴⁶, la Cour de

¹⁰⁴⁰ Doc. ch. 51- 2655/001.

¹⁰⁴¹ Loi publiée au M.B. le 3 août 2007.

¹⁰⁴² J. Sace, *Réflexions sur les effets en droit interne de l'arrêt Marckx*, *Rev. not. Belge*, 1984, pp. 114-119, spéc. p. 116.

¹⁰⁴³ Ce constat n'est pas propre à l'article 8 de la Conv.ESDH, il se vérifie également pour d'autres textes tel que l'article 6 §1 de la Conv. ESDH. En effet si la Cour de cassation, a dans un premier temps refusé d'appliquer l'interprétation européenne de cette disposition en date du 23 juin 1981 aux procédures disciplinaires dont elle était saisie dans deux arrêts rendus le 21 janvier 1982, elle s'est finalement alignée sur la jurisprudence européenne reconduite le 10 février 1983 dans un arrêt d'assemblée plénière du 14 avril 1983. Pour un résumé avec référence de cette évolution jurisprudentielle voir C. Courtoy, *Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence, en cette matière, de l'action des juridictions européennes*, Rapport de la Cour d'arbitrage du Royaume de Belgique à l'occasion de la Conférence des Cours constitutionnelles européenne, XIIe Congrès, voir III, point 43.1, Consultable sur :

<http://www.confcoconsteu.org/reports/Belgie-FR.pdf>

¹⁰⁴⁴ Expression utilisée par F. Rigaux, dans La jurisprudence belge après l'arrêt *Marckx*, note sous Cass (1^{re} ch.), 3 octobre 1983, *Rev. crit. de juris. belge*, 1984, pp. 605-635, spéc. p. 622.

¹⁰⁴⁵ Civ. Gand, 20 nov. 1980, *R.T.D. fam.*, 1981, p. 89 ; Civ. Bruxelles, 29 mars 1983, *R. W.*, 1983-1984, col. 454 ; Civ. Bruges, 16 mai 1983, *T. Not.*, 1983, p. 342 ; Civ. Bruxelles, 3 juin 1983, *R.T.D. fam.*, 1983, p. 413 ; Civ. Liège, 10 févr. 1984, *Rev. trim. dr. fam.*, 1984, p. 93 ; Civ. Anvers, 21 nov. 1984, *R.T.D. fam.*, 1984, p. 352.

¹⁰⁴⁶ Civ. Turnhout, 29 avril 1982, *R. W.*, 1982-1983, col. 1590 ; Civ. Turnhout, 14 oct. 1982, *R. W.*, 1982-1983, col. 2771 ; Civ. Malines, 7 avril 1981, *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, p. 320. Ces juridictions avaient admis la

cassation, à l'instar de certaines cours d'appel¹⁰⁴⁷, n'a pas manqué de réformer cette jurisprudence tout en insistant sur la portée limitée de l'arrêt *Marckx* dans l'ordre juridique belge. S'alignant sur une partie de la doctrine belge, selon laquelle « l'autorité revient à la loi (ou au traité) et non à la décision interprétative »¹⁰⁴⁸, dans deux arrêts du 10 mai 1985 et du 6 mars 1986, la Cour de cassation a dénié tout effet direct à l'article 8 de la Conv. ESDH tel qu'interprété par la Cour EDH dans l'arrêt *Marckx*¹⁰⁴⁹.

La Cour de cassation, alors saisie dans la première affaire par deux enfants naturels non reconnus du fait de l'expiration du délai de forclusion prévu à l'article 341 b du Code civil et, dans la seconde affaire, par les deux mêmes requérants en ce qu'ils étaient exclus du bénéfice de la succession de leurs auteurs par application de l'article 756 du Code civil, a estimé que l'obligation positive dégagée par la Cour EDH de l'interprétation de l'article 8 de la Conv. ESDH était trop vague et ne saurait corrélativement être créatrice de droits dans le chef des particuliers¹⁰⁵⁰. Les requérants se prévalaient de l'effet direct des articles 8 et 14 de la Conv. ESDH pour substituer aux dispositions internes litigieuses la règle « *mater semper certa est* » et le principe de l'égalité successorale issus de l'interprétation strasbourgeoise des textes précités. Faute de droit subjectif à l'égalité successorale et à l'égalité dans l'établissement de leur filiation pour les enfants naturels, la Cour de cassation conclut à l'application des articles 756 et 341 du Code civil, tant décriés pour leur caractère discriminatoire par la Cour EDH dans l'arrêt *Marckx*. Dans ces affaires, la Cour de cassation

reconnaissance d'un enfant adultérin par son père alors même que les conditions de fond de l'article 331 du Code civil n'étaient pas remplies.

¹⁰⁴⁷ CA Bruxelles, 23 mai 1985 et CA Anvers, 4 juin 1985, inédits.

¹⁰⁴⁸ F. Rigaux, La jurisprudence belge après l'arrêt *Marckx*, note sous Cass., 1^{re} ch., 3 oct. 1983, *R.C.J.B.*, 1984, pp. 616-735, spéc. p. 627. Voir également du même auteur La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme, *J.T.*, 1979, pp. 513-524, spéc. p. 523 : l'auteur énonce que seule la portée négative originelle de l'article 8 de la Conv. ESDH est d'application directe, contrairement à la portée positive issue de l'interprétation extensive de la Cour EDH et dont la mise en oeuvre relève exclusivement du pouvoir législatif. Voir dans ce sens également C. Rémon-Defays, L'influence de l'arrêt *Marckx* sur la jurisprudence belge, note sous Cass. (1^{re} ch.), 10 mai 1985, *Rev. Not. Belge*, 1986, pp. 48-62 ; J. Sace, Réflexions sur les effets en droit interne de l'arrêt *Marckx*, article précité ; M. Bossuyt, L'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme, *R.B.D.I.* 1980, p. 53-81, spéc. pp. 71-78.

¹⁰⁴⁹ Voir dans ce sens O. de Schutter, Obs. ss Cass. (1^{re} ch.), 6 mars 1986, B.V. et B.A. c. D., dans O. de Schutter et S. van Drooghenbroeck, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, op. cit., I. 7., pp. 61-77.

¹⁰⁵⁰ La Cour de cassation s'est exprimée dans des termes à peu près identiques dans les deux affaires « Attendu que, toutefois, en tant qu'elle oblige l'Etat dans la fixation du régime des liens de famille [...], à agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale, cette disposition n'est pas suffisamment précise et complète pour avoir des effets directs ; qu'en effet, en cette matière, diverses possibilités s'offrent au choix de l'Etat pour réaliser cet impératif ; que dans cette mesure ledit article 8, § 1^{er}, n'impose à l'Etat qu'une obligation de faire dont le législateur assume la responsabilité, mais qui ne saurait être invoquée comme source de droits subjectifs et d'obligations pour des particuliers » et que tant « l'article 8, § 1^{er}, de la Convention est trop vague pour en déduire qu'un enfant né hors mariage doit être autorisé, sans aucune limitation dans le temps, à établir sa filiation naturelle » et « pour en déduire que l'article 756 du Code civil ne doit pas être appliqué ».

belge n'a pas ignoré la jurisprudence strasbourgeoise. Bien au contraire, elle en a tiré tous les enseignements, mais sans se reconnaître compétente pour en tirer les conséquences. En d'autres termes, la Cour de cassation s'est refusée de « subver(tir) l'ordonnement des pouvoirs »¹⁰⁵¹. Elle a ainsi appréhendé avec beaucoup de modération la jurisprudence européenne dans le sens où alors même qu'elle manifeste sa connaissance des directions prises par la juridiction strasbourgeoise, elle refuse de créer de nouveaux droits subjectifs en faveur de certaines personnes et renvoie expressément cette compétence au législateur belge¹⁰⁵². Aussi, sous couvert du respect de la séparation des pouvoirs, la Cour de cassation belge entend justifier son attentisme dans la mise en oeuvre du droit issu de la Conv. ESDH tel qu'interprété par la Cour EDH.

290. Cette retenue de la Cour de cassation a valu à l'Etat belge d'être condamné par la Cour EDH dans son arrêt *Vermeire* en date du 29 novembre 1991¹⁰⁵³. La Cour strasbourgeoise a reproché aux juridictions internes belges de ne pas avoir appliqué les principes dégagés dans l'arrêt *Marckx* aux successions ouvertes postérieurement au dit arrêt. La Cour EDH a ainsi rappelé aux juridictions internes des Etats ayant incorporé la Conv. ESDH à leur ordre juridique leur rôle de juge européen des droits de l'homme de droit commun. Depuis cette condamnation, la Cour de cassation belge se veut beaucoup plus ouverte au droit européen supranational et se présente comme étant chargée en première ligne d'assurer le respect des droits de l'homme issus de la Conv. ESDH et de la jurisprudence de la Cour EDH qui en découle¹⁰⁵⁴. Dans un arrêt en date du 21 octobre 1993, la Cour de cassation s'est finalement ralliée à la position de la Cour constitutionnelle belge puisqu'elle s'est résignée à faire une application directe de l'article 8 de la Conv. ESDH, tel qu'interprété par la Cour EDH dans l'arrêt *Marckx*, aux successions ouvertes avant l'entrée en vigueur de la loi du 31 mars 1987. Même si certains auteurs entendent minimiser la portée de ce revirement dans la mesure où il est intervenu après la réforme législative, il n'empêche que la Cour de cassation belge est venue « corriger (...) le travail du législateur, essentiellement achevé quoiqu'imparfait »¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵¹ F. Rigaux, Le partage d'attribution entre le législateur et le juge, note sous Cass. (1^{re} ch.), 10 mai 1985 et 6 mars 1986, *Rev. crit. jur. Belge*, 1987, pp.5-29, spéc. p. 29.

¹⁰⁵² Voir dans le même sens l'arrêt du 10 mai 1985 rendu par la première chambre de la Cour de cassation belge.

¹⁰⁵³ Cour EDH, arrêt *Vermeire c. Belgique*, 29 nov. 1991, A. 214-C.

¹⁰⁵⁴ La Cour de cassation belge l'affirme expressément dans son rapport annuel 2001-2002. Voir le chapitre IV intitulé « La Cour de cassation et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Consultable à partir du site www.juridat.be

¹⁰⁵⁵ Voir dans ce sens O. de Schutter, Obs. ss Cass.(1^{re} ch.), 21 oct. 1993, Etat belge c. Dellisse, dans O. de Schutter et S. van Drooghenbroeck, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, op. cit. , I. 20., pp. 185-189, spéc. p. 188.

Si elle a manqué d'audace en 1986, soit une année avant l'adoption d'une réforme en discussion au parlement depuis 1979, et s'est montrée plus hardie postérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme, c'est précisément en vue de ne pas bousculer les rôles respectifs du juge et du législateur¹⁰⁵⁶. Elle partage ainsi la même préoccupation que la Cour de cassation française à savoir celle de ne pas se faire accuser de « gouvernement des juges ». Ainsi, plutôt que de se présenter comme l'acteur principal du respect par l'Etat belge de la force obligatoire des arrêts de la Cour EDH, c'est-à-dire de ses obligations internationales, compétence dévolue par le droit interne au législateur belge, la Cour de cassation endosse le rôle de collaborateur du législateur dans l'exercice de cette mission¹⁰⁵⁷.

291. De toute évidence, la Cour de cassation belge fait une application tout aussi raisonnée que son homologue française de la jurisprudence européenne. Néanmoins, elle montre moins d'abstention dans le renvoi exprès aux arrêts de la Cour EDH. Cela vaut tant pour les arrêts ayant condamné la Belgique que pour les arrêts rendus à l'encontre d'autres Etats. La Cour de cassation belge n'hésite non seulement plus à tirer les enseignements de la jurisprudence de la Cour EDH en terme de protection des droits de l'homme, mais elle ne se cache pas non plus aussi de l'influence qu'elle exerce sur elle dans l'exposé de ses motifs. Nombreux sont en effet les arrêts rendus et faisant expressément référence à un ou plusieurs arrêts précis de la Cour EDH. A défaut d'une telle référence, la Cour de cassation belge ne manque pas de développer une argumentation comparable à celle de la Cour EDH dans le corps même de sa décision. Notamment, dans un arrêt du 7 avril 1995¹⁰⁵⁸, la Cour de cassation belge, alors saisie par des enfants non légitimes exclus du bénéfice de la succession de leurs auteurs ouverte avant le 13 juin 1979, a expressément pris en considération « l'autorité d'interprétation attachée à l'arrêt *Marckx* »¹⁰⁵⁹. Et pour justifier sa soumission à « l'autorité jurisprudentielle »¹⁰⁶⁰ des arrêts strasbourgeois la Cour de cassation précise que « par la loi du 13 mai 1955 portant approbation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de

¹⁰⁵⁶ O. de Schutter a mis en exergue le « dilemme » qui se pose à la Cour de cassation partagée entre son obligation de respecter les règles internes relatives à la séparation des pouvoirs et celle de contribuer au respect par la Belgique de ses engagements internationaux. O. de Schutter, *La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national*, *R.B.D.I.* 1997, pp. 21- 68, spéc. pp. 21 et 22.

¹⁰⁵⁷ Voir dans ce sens O. de Schutter, *La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national*, article précité, spéc. p. 59.

¹⁰⁵⁸ Cass. (1^{re} ch.), 7 avril 1995, n° C 930200N.

¹⁰⁵⁹ Formule utilisée par la Cour de cassation belge dans cet arrêt.

¹⁰⁶⁰ Formule empruntée à J. Velu, A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : vues de droit comparé sur des évolutions en cours, dans *Nouveaux itinéraires en droit*, Hommage à François Rigaux, Bruylant, 1993, p. 527.

l'homme la Belgique a reconnu la mission d'interprétation de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme ».

Plus récemment, dans un arrêt du 10 avril 2003¹⁰⁶¹, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi d'un requérant formé à l'encontre de la décision d'une Cour d'appel refusant d'homologuer l'acte d'adoption dont il faisait l'objet pour violation de l'article 8 de la Conv. ESDH. Selon le demandeur le droit au respect de la vie privée comprend nécessairement le droit de consolider une vie familiale débutante et de consacrer juridiquement celle-ci notamment par la voie de l'adoption lorsqu'elle est conforme à l'intérêt de toutes les personnes concernées. Pour conclure à la non violation de la Conv. ESDH, la Cour de cassation énonce que l'article 8 de la Convention « ne garantit pas le droit d'adopter » et « n'oblige pas les Etats à accorder à une personne le statut d'adoptant ou d'adopté ». Cette motivation rappelle celle retenue par la Cour EDH dans son arrêt *Fretté*¹⁰⁶². Même si la Cour de cassation ne le fait pas apparaître expressément dans le texte de son argumentation, elle n'a pas manqué de souligner dans son rapport annuel 2002-2003¹⁰⁶³ qu'en statuant ainsi elle entendait se conformer à la jurisprudence constante européenne.

B. L'exemple du juge allemand et du juge néerlandais

292. La réception du droit européen par la juridiction constitutionnelle allemande (1) sera analysée avant d'étudier celle effectuée par la Cour de cassation néerlandaise (2).

1. La Cour constitutionnelle allemande

293. La juridiction suprême allemande admet, avec moins de réserve que la Cour de cassation française, l'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour EDH en droit de la famille. La Cour fédérale constitutionnelle allemande¹⁰⁶⁴ (Bundesverfassungsgericht) a eu l'occasion de se prononcer sur cette question dans un arrêt de principe du 14 octobre 2004¹⁰⁶⁵, à la suite de l'arrêt *Görgülü* rendu par la Cour EDH le 26 février 2004¹⁰⁶⁶. Dans cette affaire, la Cour EDH avait condamné l'Etat allemand pour violation de l'article 8 de la Conv. ESDH

¹⁰⁶¹ Cass., 10 avr. 2003, n° C. 02.0112.F.

¹⁰⁶² Cour EDH, *Fretté c/ France*, 26 février 2002, § 32, préc.

¹⁰⁶³ Voir rapport annuel 2002-2003 de la Cour de cassation de Belgique, spéc. pp. 40 et 41.

¹⁰⁶⁴ La Cour fédérale constitutionnelle allemande est compétente pour statuer sur les recours constitutionnels dont elle est saisie par les individus se prévalant d'une violation de leurs droits fondamentaux garantis par la Constitution allemande, dite Loi fondamentale (Grundgesetz).

¹⁰⁶⁵ Décision rendue par la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle allemande, n° de l'affaire : 2 BvR 1481/04. Disponible sur le site web : <http://www.bundesverfassungsgericht.de> sous « Entscheidungen ». Pour une traduction française voir *R.U.D.H.*, 2004, pp. 139 et s.

¹⁰⁶⁶ Cour EDH, *Görgülü c/ Allemagne*, 26 février 2004, *Dr.fam.*, 2004, comm. 48, obs. P. Murat.

en raison du refus des tribunaux allemands d'accorder au requérant un droit de garde (Sorgerecht) et un droit de visite (Umgangsrecht), qu'il réclamait depuis la naissance de son enfant alors abandonné par la mère en vue d'être adopté. A la suite de cette condamnation, alors que le Tribunal cantonal allemand (Amtsgericht)¹⁰⁶⁷, statuant en référé, s'était conformé à la jurisprudence européenne et avait accordé au requérant un droit de visite, la juridiction d'appel (Oberlandesgericht)¹⁰⁶⁸ a infirmé cette décision au motif que la Conv. ESDH et la jurisprudence de la Cour EDH ne liaient pas les autorités administratives et encore moins les tribunaux au sein de l'Etat allemand¹⁰⁶⁹. Le requérant, estimant que la Cour d'appel avait violé ses droits fondamentaux tirés des articles 1 (dignité de l'être humain), 3 (égalité devant la loi) et 6 (protection de la famille) de la Loi fondamentale allemande, a saisi la Cour constitutionnelle allemande. Celle-ci a conclu à la violation du droit au respect de la vie familiale du requérant.

294. Pour aboutir à cette solution la Cour constitutionnelle allemande a développé un raisonnement des plus intéressants en ce qui concerne la question du statut de la Conv. ESDH et des décisions de la Cour EDH dans l'ordre juridique allemand. D'une part, la Cour constitutionnelle fait remarquer qu'alors même que le droit de la Conv. ESDH n'a qu'une valeur législative¹⁰⁷⁰, la jurisprudence dynamique de la Cour EDH ne constitue pas moins un moyen auxiliaire d'interprétation¹⁰⁷¹ permettant de déterminer le contenu et la portée des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale allemande¹⁰⁷². En d'autres termes, la Conv. ESDH et la Cour EDH jouent le rôle de « révélateurs » de la Constitution allemande¹⁰⁷³. Elle fonde cette fonction interprétative de la jurisprudence européenne sur le principe dit « de fidélité et d'ouverture de la Loi fondamentale au droit international

¹⁰⁶⁷ AG, Wittenberg, décisions du 19 mars 2004, 5 F 741/02 et 5 F 741/02.

¹⁰⁶⁸ OLG, Naumburg, décision du 30 juin 2004, 14 WF 64/04 et décision du 26 juillet 2004, 9T 47/03.

¹⁰⁶⁹ « Doch bindet dieser Urteilsspruch (vom EGMR) unmittelbar nur die Bundesrepublik Deutschland als Völkerrechtssubjekt, nicht aber deren Organe oder Behörden und namentlich nicht die Gerichte als nach Art. 97 Abs. 1 GG unabhängige Organe des Rechtsprechung ».

¹⁰⁷⁰ L'Allemagne repose en effet sur un système dualiste issu de l'article 59 al. 2 de la Loi fondamentale. Ce texte dispose : « Les traités réglant les relations politiques de la Fédération, ou relatifs à des matières qui relèvent de la compétence législative fédérale, requièrent l'approbation ou le concours des organes respectivement compétents en matière de législation fédérale, sous la forme d'une loi fédérale ». Corrélativement la Conv. ESDH a été intégrée en droit allemand par une loi fédérale du 7 août 1952.

¹⁰⁷¹ La Cour constitutionnelle rappelle ici un principe qu'elle a déjà dégagé en 1985 dans l'affaire Pakelli. (BVerfGE, 11 octobre 1985, 2 BvR 336/85)

¹⁰⁷² La Cour constitutionnelle qualifie la jurisprudence de la Cour EDH de « auslegungshilfe », c'est-à-dire de réserve d'interprétation.

¹⁰⁷³ Expression empruntée à R. de Gouttes, *Le juge français et la Convention européenne des droits de l'Homme : avancées et résistances...*, art. précité, spéc. p. 607.

public »¹⁰⁷⁴ exigeant une interprétation du droit national conforme aux engagements internationaux de l'Allemagne¹⁰⁷⁵. Elle a en d'autres termes permis une « constitutionnalisation indirecte »¹⁰⁷⁶ de la Conv. ESDH et s'est alignée sur la pratique de ses homologues espagnoles et italiennes. La Constitution espagnole prévoit en effet dans son article 10 § 2 que les droits fondamentaux doivent être interprétés conformément aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et le Tribunal constitutionnel a précisé dans une décision du 25 octobre 1993¹⁰⁷⁷ que cette disposition suppose le recours à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg comme paramètre de référence pour l'interprétation des dispositions constitutionnelles ayant trait aux droits fondamentaux. De même, la Cour constitutionnelle italienne a jugé dans deux décisions du 24 octobre 2004¹⁰⁷⁸ que la Conv. ESDH, à défaut d'être un paramètre direct de constitutionnalité, représentait une aide à l'interprétation des droits fondamentaux énoncés dans la Constitution¹⁰⁷⁹.

D'autre part, la Cour constitutionnelle a énoncé que dans l'ordre juridique interne allemand toutes les autorités publiques, juridictions internes comprises, sont liées par les décisions de la Cour EDH et doivent s'y conformer à condition que l'interprétation européenne n'aboutisse pas à une protection moindre que celle accordée par la Loi fondamentale et conduise à un juste équilibre entre les intérêts en présence¹⁰⁸⁰. Confrontée à la résistance de la Cour d'appel de Naumburg s'obstinant à refuser d'accorder le droit de visite ou de garde au requérant, la Cour constitutionnelle, saisie de deux recours constitutionnels individuels, a annulé les arrêts litigieux après avoir constaté le manquement des juges à leur devoir de prise en compte de la jurisprudence européenne issu du principe de bienveillance internationale¹⁰⁸¹. Aussi, en invitant les tribunaux allemands à favoriser une interprétation des droits fondamentaux conforme aux exigences du droit issu de la Conv.

¹⁰⁷⁴ Plus précisément, la Cour parle de « *Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes* ».

¹⁰⁷⁵ C. Fercot, Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme en droit allemand. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regards sur le droit français, *Rev. fr. dr. const.*, n° 71, 2007/3, pp. 639-665, spéc., p. 644.

¹⁰⁷⁶ C. Fercot, Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme en droit allemand. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regards sur le droit français, art. précité, spéc. p. 650. Voir également A. Rainer, La Cour constitutionnelle fédérale allemande et la Cour européenne des droits de l'homme, *R.I.D.C.* 2005, pp. 805-815, spéc. p. 807. L'auteur parle de « constitutionnalisation partielle de la Convention européenne des droits de l'homme ».

¹⁰⁷⁷ T.C., décision n° 303, 25 octobre 1993. Consultable sur le site du Tribunal Constitucional : http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1993-0303.

¹⁰⁷⁸ C.C., décisions n° 348 et 349, 24 octobre 2007.

¹⁰⁷⁹ F.M. Palombino, L'efficacité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre des procédures nationales, *RIDC*, 2008, pp. 528-550, spéc. p. 534.

¹⁰⁸⁰ I. Konstanze-Charlier, *La Cour européenne des Droits de l'Homme et l'ordre juridique allemand*, supplément de la lettre n° 210 de la Fondation Robert Schuman, 2 mai 2005, dans http://www.robert-schuman.eu/question_europe.php?num=su-210

¹⁰⁸¹ BVerfG, 1 BvR 2790/04, 10 juin 2005 et 1 BvR 1664/04, 5 avril 2005.

ESDH et en veillant au respect de cette convention par le biais de recours constitutionnels, la Cour constitutionnelle allemande a renforcé en droit allemand la portée de la Conv. ESDH et l'effet contraignant des arrêts de la Cour EDH¹⁰⁸².

2. La Cour de cassation néerlandaise

295. Contrairement à ses homologues françaises et belges, la Cour de cassation néerlandaise (Hoge Raad) a appréhendé avec moins de réserve la jurisprudence strasbourgeoise. Elle a en effet accueilli avec enthousiasme l'arrêt *Marckx*¹⁰⁸³ pour en tirer des conséquences plus ou moins « retentissantes »¹⁰⁸⁴ en droit de la famille néerlandais au point d'être accusé d'avoir ainsi « démantel(é) progressivement le Code civil néerlandais »¹⁰⁸⁵. Le Hoge Raad a tiré les enseignements de l'arrêt *Marckx* pour la première fois dans un arrêt du 18 janvier 1980¹⁰⁸⁶ en adoptant une définition large de la notion de lien de sang afin d'admettre la sœur de la mère décédée d'un enfant naturel sous tutelle comme parente ayant le droit d'interjeter appel contre la décision du juge de paix ayant pourvu à la tutelle de l'enfant. Pour ce faire, la Cour de cassation a implicitement tenu compte de l'arrêt *Marckx* dans la mesure où elle a repris l'un des développements de cette décision en assimilant l'enfant légitime et l'enfant naturel en terme de conséquences juridiques de la filiation après avoir constaté une évolution récente considérable en la matière¹⁰⁸⁷. Cinq ans plus tard, la Cour de cassation néerlandaise est allée encore plus loin puisque dans un arrêt du 22 février 1985 elle a décidé que toute personne ayant eu une relation avec un enfant d'une manière ou d'une autre, comparable à la relation parent-enfant permettant dès lors de caractériser une vie familiale de fait, peut exiger le droit de visite, qu'il s'agisse d'un parent biologique, d'un parent légal ou d'une autre relation sur le fondement de l'article 14 de la

¹⁰⁸² J. Gerkrath, L'effet contraignant des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vu à travers le prisme de la Cour constitutionnelle allemande, *R.T.D.H.*, 2006, pp. 713-734, spéc. p. 728.

¹⁰⁸³ A. Isenbeck, *Traditionelles niederländisches Familienrecht und europäische Einflüsse*, Maklu, 1995, spéc. p. 110 et s.

¹⁰⁸⁴ Pour reprendre l'expression utilisée par M. de Bruijn-Lückers, La réfection du droit de la famille néerlandais par la jurisprudence en application de la Convention européenne des droits de l'Homme, dans F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, op. cit., pp. 147-156, spéc. p. 147.

¹⁰⁸⁵ M.-T. Meulders-Klein, M.-T. Meulders-Klein, Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ?, *op. cit.*, spéc. p. 197.

¹⁰⁸⁶ H.R., 18 janvier 1980, N.J., 1980, 463.

¹⁰⁸⁷ S. Kortman, L'incidence de la jurisprudence de la cour de Strasbourg sur le droit de la famille néerlandais, dans Les incidences des jurisprudences internationales sur les droits néerlandais et français notamment sur les Droits de l'Homme, Actes du Colloque organisé à Poitiers les 13-14-15 mai 1991 par les Facultés de Droit de Nimègue et de Poitiers, PUF, 1992, pp. 93-104, spéc. pp. 95-96.

Conv. ESDH. Elle a ainsi retenu une définition extensive de la notion de vie familiale en n'exigeant plus nécessairement un lien familial juridique.

296. Insatisfaite de l'intervention législative de 1987, la Cour de cassation a dans plusieurs arrêts et dans différents domaines remis en cause certaines dispositions du Code civil afin d'assurer la conformité du droit de la famille néerlandais à l'interprétation européenne de l'article 8 de la Conv.ESDH combiné avec l'article 14¹⁰⁸⁸. La loi du 27 octobre 1987, bien qu'ayant assimilé le statut juridique de l'enfant naturel à celui de l'enfant légitime en droit des successions et en droit de la famille a néanmoins maintenu une distinction en ce qui concerne l'établissement d'un lien de parenté avec leur père. Tandis que la filiation paternelle est établie de droit dès la naissance à l'égard de l'enfant légitime, l'enfant naturel n'a de lien de parenté avec son père qu'après avoir été reconnu par ce dernier¹⁰⁸⁹. La validité de la reconnaissance paternelle subit deux restrictions : le consentement écrit préalable de la mère est requis et la reconnaissance d'un enfant adultérin par un homme marié est prohibée¹⁰⁹⁰. Ces deux obstacles à l'établissement de la filiation paternelle ont été remis en cause par la Cour de cassation sur le fondement de l'article 8 de la Conv. ESDH.

297. Dans un arrêt du 18 mai 1990¹⁰⁹¹ la Cour de cassation a indiqué que pour un homme et pour l'enfant dont il est le père biologique et avec lequel il a une relation qui peut-être qualifiée de vie familiale au sens de l'article 8 de la Conv. ESDH, ce texte implique pour eux le droit à ce que leur lien de parenté soit reconnu. Déduisant de l'article 8 de la Conv.ESDH qu'il ne peut être refusé à un père, qui a une vie familiale avec son enfant, la possibilité de reconnaître cet enfant la Cour de cassation a jugé que le droit de veto absolu accordé par la loi néerlandaise à la mère était incompatible avec l'article 8 de la Conv. ESDH¹⁰⁹². C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a estimé que le consentement de la mère pouvait être

¹⁰⁸⁸ V. Smith et P. Vlaardingerbroeck, The influence of human rights on Dutch family and child law : the sky is the limit, *Journal of Social Welfare and Family law*, 1995, 17 (1), pp. 119-126.

¹⁰⁸⁹ Art. 1 :222 du Code civil néerlandais.

¹⁰⁹⁰ Art. 1 :224 du Code civil néerlandais.

¹⁰⁹¹ H.R., 18 mai 1990, NJ, 1991, 374 et 375.

¹⁰⁹² M. de Bruijn-Lückers, La réfection du droit de la famille néerlandais par la jurisprudence en application de la Convention européenne des droits de l'Homme, dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, op. cit. , spéc. p. 149 et S. Kortman, L'incidence de la jurisprudence de la cour de Strasbourg sur le droit de la famille néerlandais, dans *Les incidences des jurisprudences internationales sur les droits néerlandais et français notamment sur les Droits de l'Homme*, op. cit., spéc. p. 97.

remplacé par une décision du juge lorsque le refus opposé par la mère constituait un abus de droit¹⁰⁹³.

298. Par ailleurs, dans un arrêt du 10 novembre 1989¹⁰⁹⁴, le Hoge Raad a jugé l'interdiction absolue pour un homme marié de reconnaître un enfant non conforme à l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Conv. ESDH. En l'espèce, le père séparé de corps et sans enfant issu de son mariage avait une vie familiale effective et paisible avec l'enfant et sa mère puisqu'il habitait depuis longtemps avec eux. Aussi, au vu des circonstances particulières de l'espèce, la Cour de cassation a reconnu le droit du père de reconnaître son enfant dans la mesure où les intérêts protégés par l'article 1 : 224 du Code civil néerlandais ne justifiaient pas une telle ingérence dans l'exercice du droit à la vie familiale¹⁰⁹⁵. Par ces décisions la Cour de cassation néerlandaise s'est montrée très ouverte à la réception de la Conv. ESDH telle qu'interprétée par la Cour EDH. Elle a relayé l'action législative en vue d'assurer la protection effective du droit au respect de la vie familiale et a ainsi joué sans réserve son rôle de juge européen des droits de l'homme.

299. Le même constat peut être fait en ce qui concerne la question de l'autorité parentale. Par de nombreux arrêts rendus dans les années 1980 la Cour de cassation néerlandaise a fait évoluer les règles de l'autorité parentale après divorce dans le sens d'une meilleure conformité à l'article 8 de la Conv. ESDH¹⁰⁹⁶. Avant cette intervention jurisprudentielle, l'autorité parentale était liée au mariage et prenait fin en cas de dissolution du mariage. Après un divorce, le juge mettait les enfants mineurs sous tutelle et nommait l'un des parents tuteur. Sous l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH, la Cour de cassation a écarté ces dispositions après avoir admis que l'autorité parentale relevait de la protection de l'article 8 de la Conv. ESDH¹⁰⁹⁷. Elle a considéré que la suppression systématique de l'autorité parentale du fait du divorce constituait une ingérence disproportionnée à l'exercice du droit à la vie familiale. Corrélativement, elle a jugé qu'il était parfois de l'intérêt des enfants de maintenir

¹⁰⁹³ Voir également H.R., 8 avril 1988, NJ, 1989, 170 ; HR, 22 février 1991, NJ, 1991, 376 ; HR, 20 décembre 1991, NJ, 1992, 598.

¹⁰⁹⁴ H.R., 10 novembre 1989, NJ, 1990, 450.

¹⁰⁹⁵ S. Kortman, L'incidence de la jurisprudence de la cour de Strasbourg sur le droit de la famille néerlandais, dans *Les incidences des jurisprudences internationales sur les droits néerlandais et français notamment sur les Droits de l'Homme*, *op. cit.*, spéc. p. 98.

¹⁰⁹⁶ S. Kortman, L'incidence de la jurisprudence de la cour de Strasbourg sur le droit de la famille néerlandais, dans *Les incidences des jurisprudences internationales sur les droits néerlandais et français notamment sur les Droits de l'Homme*, *op. cit.*, spéc. pp. 101-102.

¹⁰⁹⁷ H.R., 4 mai 1984, NJ, 1985, 510 ; H.R., 21 mars 1986, NJ, 1986, 585 ; H.R., 24 février 1989, NJ, 1989, 741.

la coparentalité après le divorce¹⁰⁹⁸. En s'écartant du droit interne sous couvert d'application du droit supranational, la Cour de cassation s'est exposée aux critiques de la doctrine néerlandaise qui lui a reproché de se comporter comme « législateur- suppléant »¹⁰⁹⁹.

300. Si en ce qui concerne l'établissement de la filiation paternelle et la question de l'autorité parentale, la Cour de cassation s'est montrée assez audacieuse, dans d'autres domaines¹¹⁰⁰ elle a fait néanmoins preuve de davantage de retenue. Il en a été ainsi en termes de désaveu de paternité. Alors même que le système légal néerlandais de désaveu de paternité par la mère a été condamné par la Cour EDH dans son arrêt *Kroon*¹¹⁰¹ pour violation de l'article 8 de la Conv. ESDH, la Cour de cassation s'est refusée d'en tirer les enseignements en droit interne pour laisser cette tâche au législateur néerlandais. La Cour EDH a jugé que l'impossibilité légale faite à la mère de remettre en cause la paternité de son mari violait l'article 8 de la Conv. ESDH en ce sens que le respect de la vie familiale exige que la réalité biologique et sociale prévalent sur une présomption légale heurtant les faits établis ainsi que les vœux des personnes concernées. A la suite de cette condamnation, la Cour de cassation¹¹⁰², alors saisie une semaine après d'une demande en désaveu de paternité par la mère, a refusé de faire application de la jurisprudence européenne en énonçant que « la résolution du problème de savoir ce qui devait remplacer l'article 1 : 198 du Code civil dépassait les limites des pouvoirs de création du droit des cours et tribunaux ».

La retenue dont a fait preuve la Cour de cassation dans cette affaire est d'autant plus surprenante qu'elle s'est refusée un pouvoir créateur qu'elle s'était préalablement reconnue pour d'autres questions sur le fondement implicite de décisions qui concernaient d'autres Etats que les Pays-Bas. Une initiative de la Cour de cassation en la matière aurait moins été décriée puisque la condamnation de la Cour EDH concernait précisément la Hollande. Sans doute la Cour de cassation a-t-elle pris conscience des conséquences juridiques et politiques

¹⁰⁹⁸ H.R., 21 mars 1986 (4 arrêts), NJ, 1986, 885, 886, 887, 888.

¹⁰⁹⁹ S. Kortman, L'incidence de la jurisprudence de la cour de Strasbourg sur le droit de la famille néerlandais, dans *Les incidences des jurisprudences internationales sur les droits néerlandais et français notamment sur les Droits de l'Homme*, *op. cit.*, spéc. p. 102.

¹¹⁰⁰ Sur la question de l'adoption, voir M. de Bruijn-Lückers, La réfection du droit de la famille néerlandais par la jurisprudence en application de la Convention européenne des droits de l'Homme, dans F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, *op. cit.*, spéc. pp.153- 155 et S. Kortman, L'incidence de la jurisprudence de la cour de Strasbourg sur le droit de la famille néerlandais, dans *Les incidences des jurisprudences internationales sur les droits néerlandais et français notamment sur les Droits de l'Homme*, *op. cit.*, spéc. p. 99-101.

¹¹⁰¹ Cour EDH, 27 octobre 1994, *Kroon c. Pays-Bas*, A.297-C : JCP. G. 1995. I. 3823, n° 42, obs. F. Sudre.

¹¹⁰² M. de Bruijn-Lückers, La réfection du droit de la famille néerlandais par la jurisprudence en application de la Convention européenne des droits de l'Homme, dans F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, *op. cit.*, spéc. p. 153.

de son empressement face aux nombreuses critiques essuyées par la doctrine. Cette décision permet ainsi de confirmer que la prudence est de mise en ce qui concerne la prise en compte des arrêts de la Cour EDH, même du côté des juridictions les plus téméraires, et ce toujours en raison du principe de la séparation des pouvoirs.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 :

301. Manifestement, le droit européen supranational, qu'il soit écrit ou d'origine jurisprudentielle, pénètre les droits internes de la famille par l'intermédiaire soit de l'action normative du législateur soit de la pratique judiciaire des juges nationaux. L'influence du droit du Conseil de l'Europe est plus prononcée que celle exercée par le droit communautaire. Même si l'influence du droit de l'Union européenne se fait encore timide, le contexte normatif de l'Union européenne laisse supposer qu'elle ira croissante dans les années à venir. Du côté des juges nationaux, la pratique est à l'ouverture au droit européen. Les juridictions internes n'hésitent plus à tirer les conséquences du droit européen dans le cadre d'un contentieux relevant de la matière familiale, parfois en vue de compléter l'action législative et d'autres fois en vue de suppléer les carences législatives. Cette réception judiciaire du droit européen supranational n'est cependant pas démesurée. Les juridictions internes manifestent un certain attachement au principe de la séparation des pouvoirs. Du côté des législateurs, la tendance est au respect de leurs engagements internationaux et à la traduction des principes européens dans leur droit interne de la famille. Les réformes entreprises sont le plus souvent inspirées, confortées ou provoquées, à plus ou moins long terme, par le droit européen. Ce dernier ne dispose néanmoins pas du monopole de l'inspiration des législateurs nationaux. Le droit comparé conserve également une place importante. C'est sans doute la raison pour laquelle les instances européennes accordent autant d'intérêt à la méthode comparative dans le processus normatif et jurisprudentiel (**chapitre 2**).

Chapitre 2

L'INFLUENCE DES ORDRES JURIDIQUES NATIONAUX SUR LES DIVERS ORDRES JURIDIQUES EUROPÉENS

302. La doctrine, attachée à la hiérarchie des normes ainsi qu'à la souveraineté des Etats membres en matière familiale, évoque plus volontiers dans ses analyses l'impact du droit supranational sur les ordres juridiques internes. Pourtant, l'étude des relations entretenues par les divers ordres juridiques européens nationaux et supranationaux révèle une situation beaucoup plus complexe faite d'influences entrecroisées¹¹⁰³. On a pu en effet constater que les législateurs nationaux réforment leur droit de la famille au vu des expériences étrangères afin de marquer leur différence ou leur rapprochement. Et de ces points de divergence ou de ressemblance, les instances européennes supranationales tirent les conséquences normatives ou jurisprudentielles qui, à leur tour, influencent les droits nationaux. Le droit comparé est ainsi un indicateur tant pour les droits européens nationaux que pour les droits européens supranationaux en droit de la famille. Il semble donc pertinent d'évoquer l'impact des ordres juridiques nationaux les uns sur les autres (**section 1**) avant de faire état de l'influence des ordres juridiques nationaux sur les droits européens supranationaux (**section 2**).

¹¹⁰³ O. Pfersmann évoque plutôt l'idée d'« interpénétration des ordres juridiques », dans *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, *R.I.D.C.* 2001, pp. 275-288, spéc. p. 275.

Section 1 : L'impact des ordres juridiques nationaux les uns sur les autres en droit de la famille

303. Le droit comparé consiste en l'étude des droits étrangers menée dans une perspective de comparaison avec le droit positif national. Il confronte entre eux les systèmes juridiques des Etats pour en tirer des principes communs et des enseignements. Il est ainsi une science du droit descriptive et explicative, propre à favoriser l'amélioration du droit national¹¹⁰⁴ et à contribuer au rapprochement des systèmes juridiques¹¹⁰⁵. La construction de la CEE puis de l'UE et « la préoccupation [sous-jacente] du rapprochement ou de l'harmonisation des droits sinon de leur unification, a puissamment tourné l'attention vers le droit comparé des pays de l'Europe »¹¹⁰⁶. A l'origine essentiellement tournée vers le droit douanier, fiscal, commercial, économique et social¹¹⁰⁷, la méthode comparative a été étendue à la matière civile et notamment familiale du fait de l'évolution des objectifs poursuivis par le droit de l'Union européenne. L'évolution du droit de la famille est à la fois l'œuvre du législateur et de la jurisprudence. On évoquera donc la place accordée à la méthode comparative dans le cadre des travaux législatifs internes (§1) et au sein de la technique juridictionnelle des juges nationaux (§2).

§1. La place du droit comparé dans le cadre des travaux législatifs internes

304. L'intégration européenne n'a pas seulement permis la circulation des biens, des personnes, voire des décisions de justice, elle a également fait naître un besoin nouveau : celui de la circulation des normes, des institutions et des modèles juridiques¹¹⁰⁸. Ainsi que l'a évoqué M. Guy Canivet, alors Président de la Cour de cassation, les citoyens européens sont de moins en moins disposés à admettre qu'un même problème juridique trouve des réponses

¹¹⁰⁴ J.-L. Aubert, *Introduction en droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 2010, 13^e éd., p. 47. Voir également M. Ancel, Politique législative et Droit comparé, dans *Mélanges offerts à J. Maury*, Tome 2, 1960, pp. 9-23, spéc. p. 11.

¹¹⁰⁵ Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, Dalloz, 2009, spéc. p.17 et s.

¹¹⁰⁶ G. Marty, Les apports du droit comparé au droit civil, dans *Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, Livre du centenaire de la Société de Législation Comparée, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, pp. 91-108, spéc. p. 95.

¹¹⁰⁷ A. Limpens, Harmonisation des législations dans le cadre du Marché commun, *R.I.D.C.*, 1967, p. 67 et s.

¹¹⁰⁸ C. Grewe, Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *R.U.D.H.* 2004, pp. 26-32, spéc. p. 26.

différentes d'un pays à l'autre alors même que ces pays partagent plus ou moins une culture et un développement économique similaires¹¹⁰⁹. C'est la raison pour laquelle les autorités normatives contemporaines s'attachent à intégrer leurs réformes dans le contexte européen en consultant les droits étrangers. Parce que le droit comparé permet de dégager la tendance générale du mouvement législatif en droit de la famille en Europe, il est désormais omniprésent dans le cadre des travaux législatifs ayant trait à cette matière. Ce constat se vérifie en France (A) et dans les autres Etats européens (B).

A. L'exemple français

305. En 1969, certains comparatistes s'inquiétaient du peu d'intérêt accordé par le législateur français à l'étude des droits étrangers dans le cadre des réformes envisagées. L'un d'eux affirmait notamment que « l'œuvre législative française demeure dominée par l'empirisme et l'improvisation. Trop peu de lois sont précédées des enquêtes de droit comparé qui auraient permis de les améliorer, et de coordonner le développement du droit français avec celui des nations auxquelles la France est le plus liée. [...] Il n'apparaît pas, à la lecture des volumes de travaux qui ont été publiés, que l'on se soit jamais soucié sérieusement des expériences étrangères »¹¹¹⁰. Une trace d'influence du droit comparé sur la politique législative française a néanmoins été perçue en ce qui concerne les réformes du statut des époux et des régimes matrimoniaux entreprises entre 1907 et 1965¹¹¹¹. La méthode législative a évolué depuis. Les études de législation comparée font désormais couramment partie des instruments de travail des parlementaires. Celles qui sont menées sur le thème de la famille sont nombreuses. Aucune matière familiale n'a été épargnée¹¹¹². Il n'est donc plus une seule

¹¹⁰⁹ G. Canivet, *The Use of Comparative Law before the French Private Law Courts*, in G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve (ed.), *Comparative Law before the Courts*, British Institute of International and Comparative Law, 2004, pp. 181-193, spéc. p. 190. Le Premier Président de la Cour de cassation s'est exprimé dans ces termes : « citizens and judges in States that share more or less similar cultures and enjoy a similar level of economic development are less and less prone to accept that situations raising the same issues of fact yield different results because of the difference in the legal rules to be applied ».

¹¹¹⁰ R. David, *La place actuelle du droit comparé en France dans l'enseignement et la recherche*, in *Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, op. cit., pp. 51-65, spéc. p. 64.

¹¹¹¹ Voir G. Marty, *Les apports du droit comparé au droit civil*, op. cit., spéc. p. 101.

¹¹¹² Voir notamment parmi les études de législation comparée menée par la division des Etudes et des Relations parlementaires européennes du Service des affaires européennes de l'Assemblée nationale celle portant sur le « mariage civil, mariage religieux et reconnaissance juridique des unions entre personnes de même sexe en Europe », juillet, 2004, http://www.assembleenationale.org/europe/comparaisons/etude_mariage.asp ; et celle relative au « divorce en Europe », juillet 2004, <http://www.assembleenationale.org/europe/comparaisons/divorce.asp>; Voir également les nombreuses études menées par la Division des études de législation comparée du Service des études juridiques du Sénat consultable sur <http://www.senat.fr/legcmp/tr13.html>: notamment LC 2 sur « les droits successoraux du conjoint survivant » d'avril 1995, LC 3 sur « les droits de succession et de donation sur la transmission des entreprises familiales » de

réforme contemporaine du droit de la famille sans référence à ces données de droit comparé. L'étendue de l'impact du droit comparé sur le droit français doit cependant être nuancé. En effet, la réaction du législateur français, alors confronté aux droits étrangers, est assez changeante. Si, majoritairement, les réformes en droit de la famille traduisent un certain infléchissement du législateur par rapport au droit comparé **(1)** il est d'autres hypothèses où il s'est montré très résistant contre toute influence **(2)**.

1. L'infléchissement du législateur français face au droit comparé

306. L'analyse attentive des travaux législatifs ayant précédé l'adoption des réformes contemporaines du droit de la famille permet d'affirmer que le droit comparé sert à mettre en exergue l'isolement du système juridique français par rapport à ses voisins européens, mais aussi à orienter sa politique législative. Aussi, le droit comparé est à la fois un « procédé argumentatif »¹¹¹³ **(a)** et une source d'inspiration pour le législateur **(b)**.

a. Le droit comparé : un « procédé argumentatif »

307. Le droit comparé représente dans l'enceinte parlementaire une « force de persuasion »¹¹¹⁴. Le courant universel de réforme touchant les Etats étrangers en droit de la famille détermine souvent le législateur français à réformer à son tour. On a pu relever de nombreux exemples où la référence à l'évolution européenne, lorsque celle-ci se manifeste dans de nombreux pays, établit l'évidence et l'urgence d'une réforme dans l'esprit des autorités normatives¹¹¹⁵. Le phénomène du partenariat enregistré en est un exemple éloquent.

juin 1995, LC 11 sur « les conditions légales du divorce » de février 1996, LC 12 sur « l'adoption » de février 1996, LC 28 sur « le contrat d'union civile et sociale » de septembre 1997, LC 36 sur « la déjudiciarisation du divorce » de mars 1998, LC 46 sur « l'autorité parentale » de novembre 1998, LC 47 sur « le statut de l'enfant adultérin » de novembre 1998, LC 48 sur « le pacte civil de solidarité » de décembre 1998, LC 69 sur « la transmission du nom patronymique » de février 2000, LC 70 sur « le droit à la connaissance de ses origines génétiques » de février 2000, LC 72 sur « les conséquences patrimoniales du divorce » de mars 2000, LC 100 sur « l'homoparentalité » de janvier 2002, LC 112 sur « le regroupement familial » de septembre 2002, LC 134 sur « le mariage homosexuel » de juin 2004, LC 158 sur « le regroupement familial » de février 2006, LC 167 sur « les pensions de réversion » de décembre 2006, LC 169 sur « les médiateurs des enfants » de février 2007, LC 182 sur « la gestation pour autrui » de janvier 2008, LC 189 sur « l'obligation alimentaire envers les ascendants » d'octobre 2008, LC 193 sur « l'accès à l'assistance médicale à la procréation » de janvier 2009 et LC 196 sur « le statut du beau-parent » d'avril 2009.

¹¹¹³ J.-L. Sourieux, Notule sur le droit comparé dans les travaux préparatoires du Code civil des français, *De tous horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de Législation comparée, 2005, pp. 161-163, spéc. p. 162.

¹¹¹⁴ Y.-M. Laithier, *Droit comparé, op. cit.*, spéc. p. 20.

¹¹¹⁵ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Défrénois, 1995, p. 136 ; Voir également du même auteur, *Droit et passion du droit sous la 5^{ème} République*, Flammarion, 1996, p. 269. L'auteur écrit : « L'appel aux expériences étrangères fait partie de l'argumentaire courant dont les gouvernements modernes usent [...] à l'appui de leurs projets. [...] Ils essaient de conférer une légitimité de plus à leur propre droit positif en montrant qu'il a son pareil par-delà les frontières ».

L'adoption d'un tel statut par treize des quinze Etats membres de la Communauté européenne de l'époque a déterminé le législateur français à adopter un régime juridique similaire¹¹¹⁶.

Si majoritairement les réformes en droit de la famille sont dictées par des considérations sociales combinées avec des impératifs internationaux et européens, l'analyse des droits étrangers conforte le législateur dans sa volonté de faire évoluer le droit positif, particulièrement lorsque la France accuse un net retard en la matière. Les réformes relatives aux droits des conjoints survivants, à la dévolution du nom de famille et au droit de la filiation permettent d'illustrer ce point de vue. Dans ces matières, l'examen du droit comparé a confirmé le besoin de moderniser une législation humainement et techniquement dépassée.

308. Ce sentiment ressort des travaux et débats parlementaires ayant précédé la loi relative aux droits du conjoint survivant¹¹¹⁷. Pour les autorités normatives, les législations étrangères¹¹¹⁸ ont, plus que l'évolution des mœurs, mis en évidence l'« anachronisme »¹¹¹⁹ des droits consentis au conjoint survivant en France. Selon les propos de Monsieur le député rapporteur Alain Vidalies : « l'étude du statut du conjoint survivant en droit comparé révèle que notre pays est très en retrait, on pourrait même dire très en retard, quant à la place qui lui est reconnue dans l'ordre successoral »¹¹²⁰. Dans le même sens, Madame Marylise Lebranchu affirmait notamment que cette réforme « met fin à la situation peu envieuse pour la France d'être, au sein de l'Union, la lanterne rouge de l'Europe »¹¹²¹.

¹¹¹⁶ Rapport n° 258 (1998-1999) fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi relative au PACS, par M. le sénateur Patrice Gélard.

¹¹¹⁷ Voir le compte-rendu intégral des débats parlementaires à l'Assemblée nationale lors de la première séance du 6 février 2001, JOAN du 7 février 2001, n°12 et plus particulièrement les interventions de M. le député Emile Blessig, pp. 1104 et 1105 ; de M. le député Georges Sarre, p. 1107 et de Mme la Ministre de la famille et de l'enfance, Ségolène Royal, p. 1112.

¹¹¹⁸ Les parlementaires se sont notamment référés au droit allemand, autrichien, danois, italien, grec, portugais, suisse, belge, anglais et espagnol.

¹¹¹⁹ Rapport n° 2910 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de la loi n° 2867 de M. A. Vidalies et les membres du groupe socialiste et apparentés, relative aux droits du conjoint survivant par M. A. Vidalies, député. Voir également le rapport n° 378 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale relative aux droits du conjoint survivant, la proposition de loi de M. Nicolas About visant à améliorer les droits et la condition d'existence des conjoints survivants et à instaurer dans le Code civil une égalité successorale entre les enfants légitimes et les enfants naturels ou adultérins par M. Nicolas About, sénateur et le rapport d'information n° 370 fait au nom de la commission du Sénat au droit des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes par M. le sénateur Philippe Nachbar.

¹¹²⁰ Voir son intervention aux débats parlementaires à l'Assemblée nationale lors de la première séance du 6 février 2001, JOAN du 7 février 2001, n° 12, CRI, p. 1096.

¹¹²¹ Voir son intervention aux débats parlementaires à l'Assemblée nationale lors de la première séance du 6 février 2001, précitée, p. 1099.

309. Le même constat s'impose en ce qui concerne la loi ayant trait à la dévolution du nom de famille. Si l'évolution du droit français vers une égalité des époux dans leurs rapports patrimoniaux et extrapatrimoniaux la rendait inéluctable¹¹²², l'évolution égalitaire perceptible en la matière dans la majorité des droits étrangers européens a constitué un argument supplémentaire en faveur de son adoption¹¹²³. Ainsi que l'a souligné Mme la députée Yvette Roudy, la transmission du nom est un « domaine où nous sommes une fois de plus, les derniers de la classe européenne, puisque nos voisins européens ont depuis longtemps corrigé cette anomalie »¹¹²⁴. L'intervention de Mme la députée Marie-Jo Zimmermann est d'autant plus éloquente lorsqu'elle dénonce, au cours des débats parlementaires, le retard pris par la France en ce domaine par rapport aux pays de tradition juridique proche tels que l'Allemagne ou le Danemark, mais aussi aux pays méditerranéens comme l'Espagne et la Grèce¹¹²⁵.

310. Les données du droit comparé ont également attiré l'attention du législateur sur la nécessité d'abandonner la distinction entre enfant légitime et enfant naturel et de les traiter sur un pied d'égalité en terme d'établissement de la filiation maternelle. Un parlementaire a notamment souligné que plusieurs pays, dont certains de tradition juridique proche de la France, tels que la Belgique par la loi du 31 mars 1987 ou l'Allemagne par la loi du 16 décembre 1997, avaient déjà abandonné une telle distinction et se contentaient de l'acte de naissance pour établir la maternité naturelle et légitime¹¹²⁶.

¹¹²² Voir l'intervention de Mme la députée Denise Cacheux aux débats parlementaires à l'Assemblée nationale lors de la séance du 6 mai 1985, JOAN du 7 mai 1985, CRI, p. 570 et s. Consultable sur archives.assemblee-nationale.fr/7/cri/1984-1985-ordinaire2/024.pdf

¹¹²³ Voir intervention de M. le député Claude Goasguen aux débats parlementaires de l'Assemblée nationale lors de la première séance du 8 février 2001, JOAN, p. 1299. Le député évoque parmi les arguments forts en faveur de la réforme l'avance prise par nos voisins européens en la matière.

¹¹²⁴ Voir son intervention aux débats parlementaires de l'Assemblée nationale lors de la première séance du 8 février 2001, JOAN, p. 1293.

¹¹²⁵ La députée déclare notamment : « il était temps que la France rattrape enfin son retard dans ce domaine. N'oublions pas qu'elle fait partie des très rares pays membres du Conseil de l'Europe à avoir maintenu un régime inégalitaire pour la transmission du nom. Depuis longtemps l'Allemagne et le Danemark ont introduit un régime égalitaire et même des pays méditerranéens tels que l'Espagne et la Grèce sont largement en avance sur nous ». Voir son intervention aux débats parlementaires à l'Assemblée nationale lors de la première séance du 8 février 2001, JOAN, p. 1297.

¹¹²⁶ Voir rapport n° 145 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, par M. le sénateur Henri de Richemont.

b . Le droit comparé : une source d'inspiration

311. Le droit comparé sert à « fournir de bonnes recettes au législateur »¹¹²⁷. Le droit comparé est en effet source de richesse en terme de solutions juridiques et, corrélativement, le législateur peut y puiser la plus adaptée à son système. Il est souvent tenté d'imiter une technique étrangère ayant fait ses preuves¹¹²⁸. Selon les propos de M. Ancel, la « réception est de technique juridique »¹¹²⁹. Ce procédé se vérifie en droit de la famille. Les réformes relatives à l'autorité parentale, à la dévolution du nom de famille et au médiateur des enfants en témoignent. Le législateur s'est en effet appuyé sur les aspects positifs des modèles juridiques étrangers en vue de les intégrer dans le droit français tout en les adaptant. Par exemple, avant d'admettre le principe de la résidence alternée en droit français¹¹³⁰, le législateur s'est livré, dans le cadre des travaux préparatoires relatifs à la réforme de l'autorité parentale, à l'examen de la situation des pays réputés les plus évolués en la matière. Il s'agissait de l'Etat de Californie aux Etats-Unis et de la Suède, tous deux dotés de cette institution depuis la fin des années 1970¹¹³¹. Le législateur a pu constater qu'il s'agissait pour les familles exerçant la garde alternée depuis vingt ans d'une pratique satisfaisante, facteur à la fois d'apaisement des conflits parentaux, de rééquilibrage de l'autorité parentale et de stabilisation sociale¹¹³². Tous ces arguments ont plaidé en faveur de l'adoption de ce système dans la loi du 4 mars 2002. Attaché au principe de la coparentalité, même en cas de séparation des parents, le législateur n'est pas resté insensible aux témoignages positifs de ces expériences étrangères.

312. En ce qui concerne la loi relative à la dévolution du nom de famille, l'analyse des législations étrangères n'a pas seulement servi à mettre en évidence la nécessité d'une réforme, elle a également orienté le législateur sur le fond. Lors des travaux préparatoires, les

¹¹²⁷ M. Ancel, Cent ans de droit comparé en France, *Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, op. cit., pp. 4-21, spéc. p. 13. Voir également K. Zweigert, *Méthodologie du droit comparé, Mélanges offerts à J. Maury*, Tome 1, Dalloz, 1960, pp. 579-596, spéc. p. 583. Et J.M. Pauwels, *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, Bruylant, 1981, pp. 281-293, spéc. p. 289 et 292.

¹¹²⁸ J. Gaudemet, Les transferts de droit, dans *Sociologie historique du droit*, PUF, 2000, p. 91, spéc. p. 117.

¹¹²⁹ M. Ancel, *Politique législative et Droit comparé, Mélanges offerts à J. Maury*, Tome 2, op. cit., spéc. p. 20.

¹¹³⁰ Voir art. 373-2-9 du Code civil issu de la loi du 4 mars 2002.

¹¹³¹ La résidence alternée a été instituée en Californie en 1979, et en Suède en 1977 seulement si les parents étaient d'accord puis généralisé en 1998.

¹¹³² Rapport d'information n° 3111 fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur la proposition de loi n° 3074 de M. Jean-Marc Ayrault, M. Marc Dolez, Mme Christine Lazerges et les membres du groupe socialiste et apparentés relative à l'autorité parentale par Mme la députée Chantal Robin-Rodrigo.

parlementaires ont procédé à une consultation des régimes de transmission du nom de onze Etats européens (Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, Grèce, Italie, Irlande, Pays-Bas, Portugal et Royaume-Uni)¹¹³³. Cet inventaire leur a permis de dégager quatre principaux modes de transmission du nom patronymique¹¹³⁴ en Europe : celui de la prééminence paternelle¹¹³⁵, celui du choix des parents entre le nom paternel et le nom maternel¹¹³⁶, celui du double nom¹¹³⁷ et enfin celui du libre choix entre le nom paternel, le nom maternel, le double nom ou même tout autre nom¹¹³⁸. Ces alternatives ont été une véritable source d'inspiration pour le législateur qui, plutôt que d'opter purement et simplement pour l'une d'entre elles, a étudié les avantages et inconvénients de chacune d'elles pour concevoir son propre système de dévolution du nom de famille. Finalement, le législateur français a manifesté sa préférence pour le système anglo-saxon. Il a en effet retenu le principe de libre choix du nom par les parents tout en le limitant, néanmoins, au nom paternel, nom maternel ou double nom. Il a ainsi refusé de retenir la possibilité pour les parents de conférer à leurs enfants un autre nom que le leur « pour des raisons tenant à la nécessaire stabilité de l'état civil et à l'identité des familles »¹¹³⁹. Aussi, même si le législateur n'a pas consacré en droit français le système anglais, il reconnaît y avoir puisé les grandes lignes de sa réforme¹¹⁴⁰.

313. Les autorités françaises ont également procédé à une étude de droit comparé¹¹⁴¹ préalablement à l'institution d'un défenseur des enfants en droit interne par la loi du 6 mars 2000. Ils ont étudié les expériences en médiation des enfants en Norvège, Suède, Belgique¹¹⁴²

¹¹³³ Voir annexe 2 du rapport n° 2911 de M. le député Gérard Gouzes.

¹¹³⁴ Rapport n° 244 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale relative au nom patronymique par M. Henri de Richemont, sénateur.

¹¹³⁵ Belgique, Italie et France.

¹¹³⁶ Allemagne, Danemark, Finlande et Pays-Bas.

¹¹³⁷ Espagne et Portugal.

¹¹³⁸ Irlande et Royaume-Uni.

¹¹³⁹ Rapport n° 2911 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur les propositions de loi de M. Gérard Gouzes et les membres du groupe socialiste et apparentés, relative au nom patronymique, de Mme Janine Jambu et les membres du groupe communiste et apparentés, relative au nom patronymique, de Mme Marie-Jo Zimmermann, relative à la transmission du nom de famille et permettant de choisir pour les enfants le nom du père ou celui de la mère, par M. Gérard Gouzes, député.

¹¹⁴⁰ Voir rapport n° 2911 fait par M. le député Gérard Gouzes, précité, spéc. III.

¹¹⁴¹ Voir le rapport n° 1190 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi n° 1144 de MM. Laurent Fabius et Jean-Paul Bret instituant un médiateur des enfants, par Mme la députée Claudine Ledoux.

¹¹⁴² Plus précisément en Wallonie.

et Espagne¹¹⁴³. Ce panorama, ayant permis de faire état d'un bilan positif en la matière, a convaincu la France d'« accomplir un pas dans la même direction »¹¹⁴⁴. L'analyse des travaux législatifs permet d'affirmer que la richesse des expériences étrangères a nourri les débats et la réflexion parlementaires¹¹⁴⁵. Les élus à l'origine de la proposition n'ont d'ailleurs pas caché s'être appuyés sur ces expériences pour mettre en place le défenseur des enfants en droit français. L'audition de médiateurs des enfants étrangers a notamment guidé le législateur français quant aux modalités de fonctionnement de cette nouvelle institution¹¹⁴⁶.

2. Les résistances du législateur français face au droit comparé

314. La méthode comparative n'aboutit pas systématiquement à une modification du système juridique français. On peut en effet relever des exemples où parfois les données de droit comparé viennent conforter, c'est-à-dire appuyer la position française (a) et où d'autres fois elles n'ont pas convaincu le législateur de réformer (b).

a. *Le droit comparé : un appui pour le législateur français*

315. L'analyse des données de droit comparé n'a pas pour unique fonction de mettre en évidence l'isolement de la France par rapport aux pays voisins. Elle sert également à souligner les pratiques convergentes des pays étrangers. Et ce constat peut conduire le législateur français à légitimer son système, voire à le « glorifier »¹¹⁴⁷. Les débats ayant accompagné l'adoption de la loi relative à la connaissance de ses origines permettent d'illustrer ce propos. L'analyse des pratiques émergentes étrangères a en effet plaidé contre la remise en cause de l'accouchement sous X inscrit dans les textes en 1993 et fortement décrié en raison de l'atteinte portée au droit à la connaissance de ses origines. Alors que les opposants à l'accouchement sous X rappelaient que la France, le Luxembourg et l'Italie demeuraient les seuls pays à avoir légalisé ce système¹¹⁴⁸, les parlementaires favorables à son maintien ont

¹¹⁴³ Plus précisément à Madrid.

¹¹⁴⁴ Voir exposé des motifs de la proposition de loi n° 1144 instituant un médiateur des enfants, présentée par MM. les députés Laurent Fabius et Jean-Paul Bret.

¹¹⁴⁵ Voir le compte-rendu intégral des débats parlementaires de l'Assemblée nationale lors de la deuxième séance du 19 novembre 1998 et plus particulièrement les interventions de Mme la députée Claudine Ledoux, JOAN, pp. 9276 à 9278 ; de Mme la députée Martine Aurillac, JOAN, p. 9280 et de M. le député José Rossi, JOAN, p. 9284.

¹¹⁴⁶ Voir l'intervention de M. le député Jean-Paul Bret lors de la deuxième séance de débats parlementaires du 19 novembre 1998, JOAN, CRI, p. 9279.

¹¹⁴⁷ M. Ancel, Cent ans de droit comparé en France, *Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, op. cit., pp. 4-21, spéc. p. 13.

¹¹⁴⁸ Rapport n° 3086 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n° 2870 relatif à l'accès aux origines personnelles, par Mme la députée Véronique Neiertz. Rapport n° 72 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles,

rétorqué que la pratique émergente des autres Etats allait dans le sens de sa reconnaissance. Ils ont insisté au cours des débats parlementaires sur le fait que des pratiques équivalentes étaient tolérées dans les autres pays telles que l'installation de « boîtes à bébé » en Allemagne, de « fenêtres à bébé » en Suisse et de « nids de bébé » en Autriche. Ils ont également fait remarquer que le Danemark, les Pays-Bas et la Belgique envisageaient aussi de telles mesures¹¹⁴⁹. On peut ainsi affirmer, dans cette hypothèse, que le droit comparé a concouru au maintien de l'accouchement sous X en France.

b. Le droit comparé : un indicateur parfois inexploité

316. Bien qu'averti de sa différence et de son isolement par rapport au droit des autres Etats européens, le législateur français n'en tire parfois aucune conséquence sur son système et décide ouvertement de le maintenir. Eclairés sur la technique législative, les partisans d'une réforme invoquent systématiquement des arguments relevant du droit comparé aux fins de la soutenir¹¹⁵⁰. Même si le législateur français a souvent réformé le droit de la famille sous le prisme du droit comparé, celui-ci ne s'incline pas automatiquement devant les développements législatifs étrangers. Il procède en effet à un usage raisonné de la méthode comparative. Sans doute a-t-il tiré les conséquences des échecs de ses expériences passées. Certaines règles directement inspirées du droit comparé tels que l'introduction en droit français du régime de la participation aux acquêts par la loi de 1965, du principe de la résidence alternée et du libre choix du nom de famille par les lois de 2002 n'ont pas eu le succès escompté. Le régime conventionnel de participation aux acquêts inspiré des régimes légaux en vigueur dans les nations germaniques¹¹⁵¹ est un « bel exemple de rejet d'une importation juridique »¹¹⁵². Initialement « admis au banc d'essai »¹¹⁵³ au regard de son succès

de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, par M. le sénateur Henri de Richemont. Voir également l'intervention de M. le député Jean-Paul Bret lors de la première séance de débats parlementaires du 31 mai 2001, JOAN, CRI, p. 3745.

¹¹⁴⁹ Voir les débats parlementaires à l'Assemblée nationale lors de la première séance du 31 mai 2001 et plus particulièrement les interventions de Mme la députée Marie-Thérèse Boisseau, JOAN, CRI, p. 3738 et de M. le député Jean-François Mattei, JOAN, CRI, p. 3742.

¹¹⁵⁰ Pour un exemple pertinent voir les propositions en faveur du mariage et de l'adoption homosexuels en droit français. Proposition de loi tendant à créer un droit au mariage en faveur des personnes de même sexe, Doc. AN, n° 2683, 9 nov. 2005 ; Proposition de loi tendant à créer un droit au mariage pour les personnes de même sexe, Doc. Sénat, n° 68, 8 nov. 2005 ; Proposition de loi visant à ouvrir le mariage aux couples de même sexe, Doc. AN, n° 586, 23 janvier 2008.

¹¹⁵¹ Norvège, Suède, Danemark, Finlande, Allemagne et Autriche.

¹¹⁵² B. Beignier, *Manuel de droit des régimes matrimoniaux. Exercices de liquidation*, PUF, 2003, spéc. p. 230.

¹¹⁵³ Selon les propos de J. Foyer, alors Garde des Sceaux.

dans les pays d'Europe du Nord, il n'a jamais dépassé en France plus de 3% des contrats matrimoniaux.

317. Dans le même sens, il suffit de constater l'attribution encore majoritaire du nom paternel et les controverses suscitées en France par la règle de la résidence alternée pour affirmer que l'importation de solutions étrangères ne suffit pas à bousculer les pratiques ancestrales d'une société. Ces diverses expériences ont dès lors nécessairement conduit le législateur français à prendre conscience que la greffe d'une règle juridique¹¹⁵⁴ ayant fait ses preuves dans une société donnée peut être rejetée par une autre. Cela confirme l'idée du doyen Carbonnier selon laquelle « une loi n'est pas seulement un texte avec les juges et les praticiens qui l'appliqueront, c'est aussi le peuple auquel on prétend l'appliquer »¹¹⁵⁵. Aussi, avant d'importer un système étranger, les autorités normatives veillent désormais à ce qu'il corresponde aux attentes de la société française, c'est-à-dire convienne « au terroir social »¹¹⁵⁶, pour reprendre la formule utilisée par le doyen Carbonnier.

318. On peut citer deux exemples de réforme où le législateur français s'est refusé à toute « implantation »¹¹⁵⁷ aveugle du droit étranger dans l'ordre juridique français. Ainsi, dans la perspective d'une réforme du divorce, il a été procédé à de multiples études de droit comparé. L'une d'elle, effectuée en 1996 par le service des affaires européennes du sénat, a pu indiquer que l'accroissement général du nombre de divorces en Europe s'était accompagné d'une tendance juridique au déclin des procédures reposant sur la faute et donc un engouement pour la cause objective se traduisant par le passage du « divorce-sanction » au « divorce-remède » ou « divorce constat de faillite »¹¹⁵⁸. Une autre étude menée par le service des affaires

¹¹⁵⁴ S. Robin-Olivier et D. Fasquelle, Sur l'idée d'échange, dans et hors du droit, dans S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, 2008, pp. 3-8, spéc. p. 4. Les auteurs emploient l'expression de « greffes juridiques ».

¹¹⁵⁵ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004, n° 31, p. 67.

¹¹⁵⁶ J. Carbonnier, L'apport du droit comparé à la sociologie juridique, *Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, op. cit., pp. 75-87, spéc. p. 78.

¹¹⁵⁷ M. Doucet et J. Vanderlinden, *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, textes présentés au premier colloque international du Centre International de la Common Law en français (CICLEF), Bruylant, 1994.

¹¹⁵⁸ Rapport n° 3299 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi n° 3189 de M. François Colcombet relative à la réforme du divorce, par M. François Colcombet. Rapport d'information n° 3294 fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur la proposition de loi n° 3189 de M. François Colcombet et les membres du groupe socialiste et apparentés relative à la réforme du divorce, par Mme la députée Françoise Clergeau. Rapport n° 1513 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles,

européennes du Sénat en 1998 avait mentionné que, dans l'ensemble des pays européens, il était apparu nécessaire de simplifier le contentieux conjugal en instaurant des procédures de divorce par consentement mutuel donnant une plus grande autonomie aux conjoints et conduisant même dans certains Etats à une déjudiciarisation du divorce¹¹⁵⁹. A partir de ce constat, certains ont suggéré de supprimer le divorce pour faute¹¹⁶⁰ et d'autres d'instaurer un divorce administratif sans juge¹¹⁶¹. Conscient de la singularité de la France¹¹⁶² au regard de la multiplicité des causes de divorce admises¹¹⁶³, le législateur français ne s'est pas moins opposé aux évolutions proposées. Il ressort des travaux parlementaires que c'est précisément parce que les justiciables français demeuraient attachés au divorce pour faute ainsi qu'au caractère judiciaire de la procédure que ces propositions n'ont pas abouti¹¹⁶⁴.

319. Le second exemple est extrait des travaux parlementaires ayant trait à la loi ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation. Au cours du processus législatif, des universitaires avaient suggéré de remettre en cause l'interdiction d'établir le lien de filiation de l'enfant à l'égard de ses deux parents en cas d'inceste absolu en raison de l'absence d'une telle prohibition dans plusieurs Etats européens comme l'Allemagne, l'Autriche, la Grèce, le Portugal ou la Suisse. Mais jugeant qu'au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la différence de traitement subie par l'enfant incestueux trouvait une

de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi adopté par le Sénat (n° 1338) relatif au divorce par M. le député Patrick Delnatte.

¹¹⁵⁹ Rapport d'information n° 183 fait au nom de la délégation du sénat aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur la proposition de loi, adoptée à l'Assemblée nationale, portant réforme du divorce par M. le sénateur Serge Lagauche.

¹¹⁶⁰ Proposition de loi n° 12 (2001-2002) de M. le sénateur Nicolas About, visant à remplacer la procédure de divorce pour faute par une procédure de divorce pour cause objective.

¹¹⁶¹ Proposition d'Irène Théry d'instituer un divorce sur déclaration commune, *Rapport « Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée »*, La Documentation française, 1998, p. 122.

¹¹⁶² F. Monéger, L'exception française vaut-elle aussi pour le divorce ?, *De tous horizons, Mélanges X. Blanc-Jouvan*, op. cit., pp. 607-621.

¹¹⁶³ Rapport n° 120 (2003-2004) fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif au divorce, par M. le sénateur Patrice Gélard.

¹¹⁶⁴ Rapport n° 252 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, portant réforme du divorce et la proposition de M. Nicolas About visant à remplacer la procédure de divorce pour faute par une procédure de divorce pour cause objective, par M. le sénateur Patrice Gélard et Rapport d'information n° 183 fait au nom de la délégation du sénat aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur la proposition de loi, adoptée à l'Assemblée nationale, portant réforme du divorce par M. le sénateur Serge Lagauche.

justification objective et raisonnable reposant sur la protection de la morale et la protection même de l'intérêt de l'enfant, le législateur français n'a pas accédé à cette demande¹¹⁶⁵.

320. On peut conclure que le législateur français ne fait plus abstraction de la nécessité d'inscrire sa réflexion sur l'évolution du droit de la famille dans le contexte européen. Il est vrai qu'en la matière les études de droit comparé portent majoritairement sur les pays européens. Cela s'explique sans doute par le fait que l'évolution des mœurs familiales y est semblable. La libre circulation des personnes et corrélativement des familles en Europe n'est pas étrangère à ce phénomène.

B. Les exemples étrangers

321. L'ouverture au droit étranger n'est pas spécifique à la France. Elle se manifeste dans tous les autres Etats européens¹¹⁶⁶. Nous évoquerons l'exemple belge (1) avant d'aborder celui de l'Espagne, du Portugal et du Royaume-Uni (2).

1. L'exemple belge

322. On peut affirmer, à partir de l'analyse des travaux parlementaires belges en droit de la famille, que la méthode comparative fait partie intégrante de la technique législative des autorités normatives de ce pays. Elle permet souvent aux parlementaires belges de confirmer le besoin de moderniser le droit de la famille. Par exemple, les lois nouvelles adoptées par plusieurs pays de l'Europe occidentale¹¹⁶⁷ en vue d'instaurer une égalité entre les enfants légitimes et les enfants naturels ont été citées parmi les arguments juridiques ayant motivé le législateur belge à réformer à son tour son droit de la filiation¹¹⁶⁸. La doctrine a entendu contribuer aux débats politiques et juridiques suscités par le dépôt du projet de loi n° 305 en

¹¹⁶⁵ Voir rapport n° 145 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4/07/05 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relative à la filiation, par M. le sénateur Henri de Richemont.

¹¹⁶⁶ B. Fauvarque-Cosson, Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique ?, dans *De tous horizons, Mélanges X. Blanc-Jouvan*, op. cit., pp. 69-90, spéc. p. 86. L'auteur s'exprime dans ces termes : « Dans de nombreux pays étrangers, la comparaison précède désormais quasi-systématiquement l'œuvre législative ».

¹¹⁶⁷ Le législateur s'est référé à la République fédérale d'Allemagne, à la Grande-Bretagne, aux Pays-Bas, à l'Italie, à la Suisse et à la France. Voir P. Senaevé, Aperçu des réformes récentes du droit de la filiation dans quelques pays européens, dans J.M. Pauwels (dir.), *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, op. cit., pp. 11-33, spéc. p. 11.

¹¹⁶⁸ Voir l'exposé des motifs du projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption, déposé au Sénat le 15 février 1978, Doc. Sénat. n° 305 (1977-1978). Voir également J.-M. Pauwels, *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, Bruylant, 1981.

vue de « situer la réforme belge dans une optique européenne »¹¹⁶⁹ et a corrélativement insisté sur la nécessité d'inclure la méthode comparative dans le cadre du travail législatif. Finalement, le législateur belge a opté pour le système suisse, conforme aux prescriptions européennes supranationales, à savoir l'égalité « sans réserve » entre les filiations¹¹⁷⁰.

De même, l'expérience des Etats étrangers¹¹⁷¹ ayant ouvert l'adoption des enfants aux couples homosexuels a permis d'appuyer la volonté du législateur belge d'autoriser de telles adoptions¹¹⁷². Les études menées dans ces pays ayant démontré que l'éducation d'un enfant par un couple de personnes de même sexe ne nuisait pas à son intérêt et n'en faisait pas un enfant moins heureux que ceux élevé par des couples hétérosexuels ont légitimé la réforme adoptée le 18 mai 2006. Par ailleurs, le législateur belge s'est directement inspiré du droit néerlandais, anglais et allemand pour réformer le divorce et instaurer par la loi du 27 avril 2007¹¹⁷³ une seule cause générale de divorce, à savoir la désunion irrémédiable. Il reconnaît d'ailleurs avoir accordé une attention particulière au système des Pays-Bas¹¹⁷⁴.

323. D'une manière générale, on peut constater que l'exemple français demeure un indicateur privilégié pour le législateur belge. De nombreuses réformes adoptées ou en cours de débat ont été guidées par l'expérience française. Par exemple, la sous-commission parlementaire à l'origine de la loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale a analysé l'expérience française avant de consacrer en droit belge le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale même en cas de séparation des parents¹¹⁷⁵. De

¹¹⁶⁹ J.M. Pauwels (dir.), *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, Bruylant, 1981, spéc. p. 7. L'auteur a affirmé que « la réforme belge du droit de la filiation ne peut se réaliser convenablement sans recours au droit comparé et, persuadés que l'étude comparative, entreprise à un niveau élevé, fournit l'outil idéal en vue de transcender les limites d'un horizon borné par la pratique et les contingences historiques ».

¹¹⁷⁰ M.-T. Meulders-Klein, Le statut juridique des enfants adultérins et incestueux, dans J.M. Pauwels (dir.), *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, op. cit., pp. 237-254, spéc. p. 239. Voir également M.-T. Meulders-Klein, La réforme du droit de la filiation en Belgique. Le contexte et les lignes de force du projet n° 305, art. préc., spéc. p. 166.

¹¹⁷¹ Il s'agit des Pays-Bas, de la Suède, de l'Islande, du Danemark et de l'Afrique du Sud.

¹¹⁷² Proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'autoriser l'adoption par des couples du même sexe, Doc. Parl., Ch. Repr., législ. 51, session 2003-2004, n° 0666/001. Proposition de loi modifiant le Code civil en vue d'autoriser l'adoption par des couples de même sexe. Doc. Parl., Ch. Repr., législ. 51, session 2003-2002, n° 0667/001.

¹¹⁷³ Loi publiée le 7 juin 2007, MB., p. 30881-30890.

¹¹⁷⁴ Voir proposition de loi réformant le droit du divorce et instaurant le divorce sans faute, Doc. Parl., Ch. Repr., législ. 51, session 2003-2004, n° 0737/001. Les parlementaires déclarent : « l'exemple type sur lequel nous nous sommes fondés pour rédiger la présente proposition de loi est celui des Pays-Bas ». Voir également le projet de loi réformant le divorce, Doc. Parl., Ch. Repr., législ. 51, session 2005-2006, n° 2341/001.

¹¹⁷⁵ Proposition de loi relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, Doc. Parl., Ch. Repr., législ. 48, session 1993-1994, n° 1430/001.

même, le législateur belge a contrôlé la pertinence pratique de la médiation dans l'expérience française avant de l'introduire en droit belge par la loi du 21 février 2005¹¹⁷⁶.

324. On peut constater que l'exemple français ne sert pas toujours de modèle à imiter, mais peut parfois au contraire apparaître comme un système à éviter ou à améliorer. La réforme entreprise en Belgique concernant l'attribution du nom de famille en est un exemple. Les parlementaires à l'origine de propositions de loi dans ce domaine soulignent la singularité de la Belgique au sein de l'Europe pour insister sur la nécessité d'une réforme. Selon eux, « la Belgique devient de plus en plus une exception au sein de l'Europe en ce qui concerne l'attribution du nom de famille »¹¹⁷⁷. Plus que guidé sur le seul principe d'une réforme égalitaire du nom de famille, le législateur semble également être influencé par le droit comparé en ce qui concerne le fond de la réforme. Pour formuler leurs propositions de loi et opter pour le système du double nom, les parlementaires ont apprécié les expériences de pays ayant récemment réformé leurs règles en matière de transmission du nom de famille. L'expérience française semble d'ailleurs avoir particulièrement retenu leur attention. En effet, si les parlementaires ont opté pour le double nom et non le système du libre choix, tel qu'il existe en France, c'est précisément parce qu'ils ont pu constater qu'en pratique la transmission du nom du père par défaut de choix des parents demeurait majoritaire et en ont déduit que la transmission obligatoire des deux noms était en fait la seule manière d'affirmer clairement l'égalité recherchée entre le père et la mère de l'enfant. Le législateur belge entend ici tirer des enseignements de l'expérience française pour ainsi consacrer le système le plus conforme à ses aspirations¹¹⁷⁸.

325. De même, l'exemple français est omniprésent dans les débats concernant l'instauration en droit belge de l'accouchement anonyme. Les propositions de loi formulées¹¹⁷⁹ en la matière font référence à l'expérience française pour instaurer un système comparable¹¹⁸⁰ ou

¹¹⁷⁶ Proposition de loi modifiant le code judiciaire en ce qui concerne la médiation, Doc. Parl., Ch. Repr., législ. 51, session 2003-2004, n° 0327/001.

¹¹⁷⁷ Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne l'attribution du nom de famille afin d'établir clairement la filiation avec la mère tout en préservant l'historicité de la filiation paternelle, Doc. 52. 0274/001.

¹¹⁷⁸ Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne l'attribution du nom de famille afin de garantir la transmission de l'identité familiale par le port du double nom, Doc. 52. 0047/001.

¹¹⁷⁹ Voir notamment la proposition de résolution visant à créer un service d'enregistrement des accouchements discrets déposé à la Chambre des représentants le 1^{er} avril 2011, Doc. 53. 1354/001.

¹¹⁸⁰ Proposition de loi modifiant la réglementation afin de permettre l'accouchement anonyme, Doc. Parl., Ch. Repr., législ. 52, session 2007-2008, n° 0781/001. Le parlementaire déclare notamment : « la présente proposition de loi vise à adapter le Code civil belge qui se fonde, comme son équivalent français, sur le Code Napoléon, en fonction de l'exemple français, de sorte qu'il soit également possible, dans notre pays, d'accoucher

amélioré¹¹⁸¹. L'une des propositions de loi entend en effet tirer les conséquences des principales critiques formulées à l'encontre de l'accouchement sous X français, à savoir la primauté du droit au secret de la mère sur le droit à la connaissance des origines personnelles de l'enfant, en optant pour l'accouchement discret. Ce système, permettant à l'enfant abandonné de consulter les données parentales moyennant une condition d'âge, et le respect d'une procédure déterminée contribuent à maintenir un équilibre entre les droits de la mère et ceux de l'enfant né sous X. Les parlementaires à l'origine de cette proposition conservent ainsi les avantages de l'accouchement sous X français tout en supprimant ses effets négatifs.

2. Les exemples espagnol, portugais et anglais

326. Les autorités normatives espagnoles prennent aussi appui sur le droit comparé et notamment pour légitimer certaines réformes très controversées dans l'opinion politique. Le ministre de la justice espagnol à l'origine de la loi autorisant le mariage et l'adoption homosexuels¹¹⁸² s'est référé aux exemples hollandais et belge pour justifier de la pertinence juridique de son projet de loi. Il s'est particulièrement attardé sur l'exemple belge au cours des débats parlementaires afin de démontrer qu'une telle réforme était réalisable dans un pays où les parlementaires sont en majorité de confession catholique¹¹⁸³. On peut ainsi dire que l'expérience positive de la Belgique a motivé le gouvernement espagnol à entreprendre à son tour cette évolution.

dans l'anonymat administratif». Cela dénote encore un certain attachement des parlementaires belges à l'exemple français.

¹¹⁸¹ Proposition de loi modifiant le Code civil afin de permettre l'accouchement discret, Doc. Parl., Ch. Repr., législ. 52, session 2007-2008, n° 0707/001. Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne l'accouchement discret, Doc. Parl., Ch. Repr., législ. 52, session 2007-2008, n° 1030/001.

¹¹⁸² Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, BOE (Boletín oficial del Estado), 2 de julio de 2005, Num. 157, p. 23632. Consultable sur <http://www.boe.es>

¹¹⁸³ Cortes generales, diario de sesiones del Congreso de los Diputados, pleno y diputación permanente, Año 2005, VIII legislatura, Num. 78, p. 3773. Consultable sur <http://www.congreso.es>. Le Ministre de la justice s'est exprimé dans ces termes : « En primer lugar, hay ejemplos en el derecho comparado de las democracias avanzadas de la Unión Europea que invitan a dar un paso al frente a una sociedad y a un Parlamento cuya mayoría apueste por el cambio. Ahí están los ejemplos belga y holandés, que han establecido esta institución. El caso de Bélgica puede ser especialmente llamativo, no solamente por su configuración como Estado federal, sino porque ha sido perfectamente capaz de combinar la presencia en su seno de una importante representación de una confesión religiosa como es la confesión católica, sin que este asunto resulte divisorio en la sociedad ». Proposition de traduction : « Tout d'abord, il y a des exemples dans le droit comparé des démocraties avancées de l'U.E, qui invitent la société et le Parlement, dont la majorité voudrait un changement, à faire un pas en avant; les belges et les hollandais ont par exemple établi cette institution. Le cas de la Belgique est particulièrement illustratif, non seulement par sa configuration comme Etat Fédéral, mais aussi parce qu'elle a parfaitement su combiner la présence en son sein d'une importante représentation d'une confession religieuse comme l'est la confession catholique, sans que ce sujet soit facteur de division dans la société ».

En outre, le mouvement législatif européen en faveur de la reconnaissance juridique du changement de sexe des personnes transsexuelles a contribué à l'adoption en Espagne de la loi du 15 mars 2007 autorisant la rectification de la mention relative au sexe sur les registres d'état civil¹¹⁸⁴. Le gouvernement a clairement affiché dans l'exposé des motifs sa volonté d'aligner le système juridique espagnol sur celui des pays voisins¹¹⁸⁵.

327. De son côté, le gouvernement portugais a tiré les conséquences de la convergence des systèmes juridiques européens vers un divorce objectif. La loi du 31 octobre 2008 réformant le divorce au Portugal a d'ailleurs été largement influencée par les principes communs du divorce établis en 2004 par la Commission pour le droit européen de la famille (CEFL)¹¹⁸⁶. Consécutivement, le législateur portugais a opté tout comme la Norvège et le Danemark pour un régime hybride cumulant procédure judiciaire et procédure administrative¹¹⁸⁷. Par ailleurs, les données de droit comparé ont été prises en compte par le législateur portugais lors des travaux législatifs¹¹⁸⁸ ayant précédé l'adoption de la loi de 2009¹¹⁸⁹ modifiant les articles 1817 et 1842 du Code civil sur la recherche de paternité et de maternité.

328. L'analyse du droit comparé a également été de bonne méthode dans le cadre des travaux législatifs ayant précédé l'adoption du « Civil Partnership Act 2004 »¹¹⁹⁰ au Royaume-Uni. Les propositions de loi¹¹⁹¹ en faveur de la reconnaissance juridique des couples de même sexe ont en effet pris appui sur le droit comparé pour accuser le retard pris

¹¹⁸⁴ Ley n° 61/2008 de 31 de Outubro, Altera o regime juridico do divorcio, Diario da Republica, 1a série, n° 212, 31 de Outubro de 2008, p. 7633.

¹¹⁸⁵ Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificacion registral de la mencion relativa al sexo de las personas, BOE, Num. 65, 16 de marzo de 2007, p. 11251, exposicion de motivos. On peut y lire : « Mediante esta ley Espana se suma a aquellos paises de nuestro entorno que cuentan con una legislacion especifica que da cobertura y seguridad juridica a la necesidad de la persona transsexual... ». Proposition de traduction : « Par cette loi, l'Espagne rejoint les pays voisins qui ont une législation spécifique offrant une couverture et une sécurité juridique à la personne transsexuelle... ».

¹¹⁸⁶ Projecto de lei n° 509/X Alterações ao Regime Juridico do Divorcio, Exposição de motivos, spéc. p. 2 et s. Consultable sur <http://parlamento.pt>.

¹¹⁸⁷ Pour un aperçu général des législations européennes sur le divorce avant 1989, voir M.-T. Meulders-Klein, La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale, R.I.D.C., 1989, pp. 7-58. Avant 1999, voir B. Dutoit, R. Arn, B. Sfondylia, C. Taminelli, *Le divorce en droit comparé*, vol. 1, Europe, Librairie Droz, 2000.

¹¹⁸⁸ Projecto de lei n° 178/X investigação de paternidade/maternidade, Exposição de motivos.

¹¹⁸⁹ Lei n° 14/2009 altera os artigos 1817.º e 1842.º do Código Civil sobre investigação de paternidade e maternidade, DR I, n° 64, 01/04/2009, p. 2017.

¹¹⁹⁰ Texte adopté le 18 novembre 2004 et entré en vigueur le 5 décembre 2005.

¹¹⁹¹ Jane Griffith's *Relationships (Civil Registration) Bill*, Bill 36 2001-02 and Lord Lester's *Civil Partnerships Bill*, HL Bill 41 2001-02.

par le Royaume-Uni en la matière¹¹⁹². Un rapport parlementaire a d'ailleurs procédé dans le cadre de cette réforme à l'analyse des régimes de partenariat civil de plusieurs pays européens tels que la France, le Danemark, la Norvège, la Suède, la Hongrie, la Belgique, les Pays-Bas, l'Espagne et l'Islande¹¹⁹³.

§2. La place du droit comparé dans la technique juridictionnelle

329. Les juridictions nationales font un usage du droit étranger beaucoup plus modéré et discret que celui des autorités normatives. Cette différence est induite par la place respective du législateur et du juge au sein de l'ordre juridique des Etats européens et du principe de séparation des pouvoirs. Le législateur, chargé de faire évoluer le droit positif pour répondre aux besoins nouveaux de la société, dispose de davantage de liberté dans l'exercice de sa fonction que le juge chargé de trancher des litiges conformément aux règles de droit applicables et donc lié par le principe de sécurité juridique¹¹⁹⁴. La consultation du droit comparé européen par les juridictions nationales est un phénomène récent en voie de développement. Il convient donc d'analyser les raisons de l'intérêt porté par la pratique juridictionnelle aux droits et jurisprudences étrangers (**A**) avant d'évoquer la discrétion des hautes juridictions nationales au sujet de l'utilisation de ce nouvel instrument de travail (**B**).

¹¹⁹² Civil Partnerships Bill, 25/01/2002, Lords Second Reading, HL Deb., vol. 630, cols 1691-1746, spéc. col. 1692. Consultable sur <http://www.publications.parliament.uk>. Le parlementaire déclare : « The problems covered by the Bill stem from the lack of a proper legal framework recognising the status of unmarried cohabiting couples. English law lags far behind many European and Commonwealth countries in this respect ; countries as diverse as France, Germany and the Netherlands, as well as the Nordic countries, and Australia, Canada and New-Zealand ». Proposition de traduction : « Les problèmes visés par le projet de loi concernent l'absence de cadre légal reconnaissant un statut juridique aux couples non mariés. Les lois anglaises sont, à cet égard, en retard par rapport à de nombreux pays de l'Union européenne et du Commonwealth: des pays aussi divers que la France, l'Allemagne, les Pays-Bas, mais aussi les pays nordiques, l'Australie, le Canada et la Nouvelle Zélande ».

¹¹⁹³ Research Paper 02/17 about The Relationships (Civil Registration) Bill and the Civil Partnerships Bill, by Madeleine Shaw, Home Affairs, House of Commons Library, 19th March 2002.

¹¹⁹⁴ Sir Basil Markesinis, *Juges et universitaires face au droit comparé. Histoire des trente-cinq dernières années*, Dalloz, 2006, spéc. p. 93. L'auteur écrit au sujet de l'Allemagne : « Cette différence évidente, entre l'utilisation du matériau étranger dans le domaine législatif et celle faite par les jugements des tribunaux, peut s'expliquer par la liberté d'action et la fonction même du législateur, qui se doit de mettre la société en accord avec les convictions politiques dominantes de l'époque. A l'opposé, les tribunaux doivent respecter la notion de sécurité juridique et sont moins libres d'importer des solutions étrangères pour un problème donné ». Voir également au sujet de l'Italie et de la France, Sir B. Markesinis, J. Fedtke, *The judge as Comparatist*, (2005) 80 *Tulane Law Review*, pp. 11-167., spéc. p. 26 et s. Cette théorie est également développée par M.-C. Ponthoreau, L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique, dans P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, pp. 537-560, spéc. p. 550.

A. Les raisons de l'intérêt porté par la pratique juridictionnelle aux droits et jurisprudences étrangers

330. Il faut distinguer deux hypothèses : celle où l'utilisation du droit étranger est contraignante et celle où elle est spontanée. La première hypothèse est celle où le juge national, alors confronté à un conflit de loi, est tenu d'appliquer une loi étrangère conformément au droit international privé d'origine nationale ou internationale qui s'impose à lui. Dans ce cas, l'application du droit étranger relève de l'office du juge¹¹⁹⁵. L'emprunt des textes extérieurs au système national repose sur les règles de conflit de loi. Aussi, ce cas de figure, parce qu'il est formellement encadré et demeure bien connu de la doctrine¹¹⁹⁶, ne retiendra pas davantage l'attention.

La seconde hypothèse est celle où le juge national consulte les droits étrangers et les confronte au droit français pour dégager une solution pertinente au problème juridique qui lui est posé. *A priori*, une telle pratique devrait être techniquement absente des prétoires. En effet, le principe de sécurité juridique exclut tout exotisme juridictionnel puisque le juge national, en dehors de tout conflit de loi, est tenu de trancher le litige conformément au droit positif national. Le droit étranger ne lui est donc en principe d'aucune utilité au stade du délibéré¹¹⁹⁷. Néanmoins, le processus d'intégration européenne a remis en cause cette autarcie juridique¹¹⁹⁸. Conscientes que l'évolution du droit national s'inscrit désormais dans un contexte européen caractérisé par le partage des mêmes valeurs fondamentales, les juridictions nationales sont convaincues de l'intérêt de la méthode comparative dans les

¹¹⁹⁵ Sur la question de la pratique judiciaire du droit international privé voir l'étude de M. A. Ponsard, L'office du juge et l'application du droit étranger, Rapport annuel de la Cour de cassation, 1989, p. 11 ; l'étude de MM. J. Lemontey et J.-P. Rémy, La loi étrangère dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, Rapport annuel de la Cour de cassation, 1993, p. 81 et l'étude de M. J.-P. Ancel, Le juge français et la mise en œuvre du droit étranger, Rapport annuel de la Cour de cassation, 1997, p. 33. Voir également B. Fauvarque-Cosson, Foreign Law Before the French Courts : The Conflicts of Law Perspective, dans G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve, *Comparative Law before the Courts*, op. cit., pp. 3-12.

¹¹⁹⁶ Y. Loussouarn, Le rôle de la méthode comparative en droit international privé, *Rev. crit. dr. inter. priv.* 1979, p. 3077 et s.

¹¹⁹⁷ Selon les propos de M. Guy Canivet, « le juge n'est qu'un instrument totalement neutre d'application du droit, l'observation des autres systèmes est sans objet », La pratique du droit comparé par les cours suprêmes. Brèves réflexions sur le dialogue des juges dans les expériences françaises et européennes : en commentaire de l'article de Sir Basile Markesinis et Jörg Fedtke *Le juge en tant que comparatiste*, *Tulane Law Review* (2005)80, pp. 221-244, spéc. p. 227.

¹¹⁹⁸ Voir dans ce sens M. Freeland, Introduction. Comparative and International Law in the Courts, dans G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve, *Comparative Law before the Courts*, op. cit., pp. xv-xxvi, spéc. p. xx et xxii. Voir également G. Canivet, La pratique du droit comparé par les cours suprêmes. Brèves réflexions sur le dialogue des juges dans les expériences françaises et européennes : en commentaire de l'article de Sir Basile Markesinis et Jörg Fedtke *Le juge en tant que comparatiste, article préc.*, spéc. 243. L'auteur écrit : « quelle que soit la famille de droit à laquelle elle appartient, une Cour suprême ne peut vivre en autarcie ».

travaux judiciaires¹¹⁹⁹, en particulier lorsqu'elles doivent interpréter un texte directement inspiré du droit étranger ou bien lorsqu'elles doivent trancher des questions controversées ou nouvelles ne relevant pas uniquement de la technique juridique, mais reposant plutôt sur des choix éthiques, économiques ou sociaux¹²⁰⁰.

331. Ainsi qu'on l'a exposé précédemment, les autorités normatives internes analysent de plus en plus les droits européens étrangers pour réformer leur droit de la famille. Corrélativement, lorsque le juge national a besoin d'interpréter ces textes, il se tourne naturellement vers le droit étranger ayant inspiré le législateur. Cette pratique semble légitime puisqu'elle relève de la méthode téléologique. Le juge respecte effectivement la volonté du législateur. Cette technique a été relevée au sein des juridictions luxembourgeoises¹²⁰¹ et helléniques. Le droit de la famille grec a été modifié en 1983¹²⁰². Cette réforme, précédée d'une importante étude comparative, a été largement inspirée par les droits allemands et français¹²⁰³. En conséquence, les juges du fond grecs se sont souvent référés à la jurisprudence ainsi qu'à la doctrine de ces pays pour interpréter les notions issues de la loi de 1983¹²⁰⁴.

332. En outre, le droit de la famille est particulièrement exposé aux questions éthiques, sociales et morales. Les débats actuels sur l'homoparentalité et la gestation pour autrui permettent d'en témoigner. Cette matière semble ainsi propice à l'usage de la méthode comparative par les juridictions nationales. L'exemple allemand permet de le vérifier. Alors que la doctrine allemande s'entend pour dire que les références au droit comparé dans le

¹¹⁹⁹ G. Canivet, *The Use of Comparative Law before the French Private Law Courts*, dans G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve, *Comparative Law before the Courts*, op. cit., pp. 181-193, spéc. p. 189.

¹²⁰⁰ S. Robin-Olivier, *L'inspiration venue d'ailleurs dans la construction du droit national. La référence (non imposée) à d'autres droits par les juges des Etats membres de l'Union européenne*, dans S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, op. cit., pp. 141-153, spéc. p. 142.

¹²⁰¹ M. Elvinger, *Le recours, par les juridictions luxembourgeoises, aux techniques de droit comparé dans l'interprétation et l'application du droit luxembourgeois*, dans U. Drobnig et S. van Erp (ed.), *The Use of Comparative Law by Courts*, XIV^e Congrès international de droit comparé, Kluwer Law International, 1999, pp. 231-234, spéc. p. 232. Selon l'auteur, « la jurisprudence luxembourgeoise n'est pas 'autosuffisante' » « elle se nourrit systématiquement de celle des pays dont sont inspirés les textes à appliquer ».

¹²⁰² Loi n° 1329/1983 sur l'égalité des sexes et la modernisation du droit de la famille ayant adapté les dispositions du Code civil et notamment du droit de la famille au principe constitutionnel de l'égalité des sexes.

¹²⁰³ D. Gazis, *Avant-projet et exposé des motifs de la loi concernant l'adaptation des dispositions du Code civil et spécialement du droit de la famille au principe constitutionnel de l'égalité entre homme et femme*, dans *Introduction de l'égalité des droits et des devoirs entre hommes et femmes*, Ministère de la justice hellénique, 1979, p. 50 et s.

¹²⁰⁴ P. Agallopoulou, C. Deliyanni-Dimitrakou, *L'utilisation du droit comparé par les tribunaux helléniques*, dans U. Drobnig et S. van Erp (ed.), *The Use of Comparative Law by Courts*, op.cit., pp. 149-188, spéc. p. 185. Les auteurs citent de nombreux exemples d'arrêts.

libellé même des décisions des juridictions nationales se font rares¹²⁰⁵, on a pu constater de telles références dans le cadre d'affaires ayant trait au droit de la famille. La première concerne un recours constitutionnel dirigé contre une disposition de la loi allemande sur le mariage (German Marriage Act) empêchant le mariage d'une personne ayant eu des rapports sexuels avec un ascendant ou un descendant de l'autre personne prétendante au mariage. La Cour constitutionnelle fédérale allemande¹²⁰⁶ a déclaré cet empêchement inconstitutionnel en invoquant expressément le fait que, d'après les travaux des comparatistes allemands, cet obstacle à mariage était inconnu des pays voisins¹²⁰⁷. La seconde affaire traite de la transmission du nom de famille. La juridiction d'appel de Hambourg¹²⁰⁸, alors confrontée à la transmission à un enfant d'un double nom, c'est-à-dire constitué du nom de chacun des parents de nationalités différentes, a jugé cette pratique inadmissible en droit allemand tout en appuyant explicitement son argumentation sur l'état du droit comparé¹²⁰⁹.

B. La discrétion des juridictions nationales au sujet de l'utilisation du droit comparé

333. Si d'une manière générale les juges internes reconnaissent l'intérêt d'une telle méthode comparative en droit de la famille, ils ne dévoilent pas l'usage qu'ils en ont fait dans le corps de leurs décisions. La pratique de la Cour de cassation française permet d'illustrer ce propos. Ainsi que l'a fait remarquer un auteur : « les références de droit comparé sont rarissimes dans les décisions judiciaires françaises si tant est qu'il en existe ; on les chercherait vainement en tout cas, [...] dans les arrêts de la Cour de cassation »¹²¹⁰. Il est vrai qu'on ne trouve pas trace d'une quelconque influence expressément indiquée des droits étrangers dans l'exposé des motifs des décisions de la Cour de cassation¹²¹¹. Il ne faut pas pour autant conclure à l'absence de prise en compte du droit comparé par la Cour de

¹²⁰⁵ Sir B. Markesinis, J. Fedtke, *The judge as Comparatist*, (2005) 80 *Tulane Law Review*, p. 11 et s. Voir également H. Unberath, *Comparative Law in the German Courts*, dans G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve, *Comparative Law before the Courts*, op. cit., pp. 307-316.

¹²⁰⁶ BVerfG, 14 nov. 1973.

¹²⁰⁷ U. Drobniq, *The Use of Foreign Law by German Courts*, dans U. Drobniq et S. van Erp (ed.), *The Use of Comparative Law by Courts*, op. cit., pp. 127-147, spéc. p. 139.

¹²⁰⁸ OLG Hamburg, 17 févr. 1987.

¹²⁰⁹ U. Drobniq, *The Use of Foreign Law by German Courts*, dans U. Drobniq et S. van Erp (ed.), *The Use of Comparative Law by Courts*, op. cit., pp. 127-147, spéc. p. 140.

¹²¹⁰ G. Marty, *Les apports du droit comparé au droit civil*, dans *Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, op. cit., pp. 91-108, spéc. p. 104.

¹²¹¹ M. Rolland, conseiller à la Cour de cassation, *La magistrature française devant le droit comparé*, dans *Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, op. cit., pp. 341-352, spéc. p. 351.

cassation¹²¹² dans l'interprétation du droit de la famille. En effet, même si l'arrêt n° 05-16627 du 13 mars 2007 relatif au mariage homosexuel ne fait aucunement allusion au droit comparé, il semble pourtant que la Cour de cassation ait attentivement analysé les droits américains, anglais, belge, canadien, espagnol et néerlandais avant de se prononcer sur la question de la validité du mariage homosexuel. Une étude comparative menée par l'Institut de Droit Comparé Edouard Lambert lui a effectivement été rendue, à sa demande¹²¹³, en septembre 2006 en vue du prononcé de cet arrêt¹²¹⁴.

334. Ce n'est d'ailleurs pas la première fois que la Cour de cassation consulte les droits étrangers avant de se prononcer sur des questions de société faisant débat¹²¹⁵. Elle a également pris appui sur le droit étranger pour trancher le problème de l'indemnisation de la naissance dommageable d'un enfant handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic prénatal dans la célèbre affaire *Perruche*¹²¹⁶ et celui du refus d'étendre l'incrimination d'homicide involontaire à l'auteur d'un accident de la circulation à la suite duquel une femme a accouché d'un enfant mort¹²¹⁷. Les avocats généraux près la Cour de cassation n'hésitent pas à faire état du droit comparé dans leurs conclusions. Celles qui ont précédé l'arrêt prononcé par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 17 décembre 1997¹²¹⁸ et portant sur la question du transfert du droit au bail au concubin homosexuel l'illustrent parfaitement. Dans cette affaire, l'avocat général s'était prononcé favorablement à l'extension du bénéfice de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 aux concubins homosexuels après avoir constaté, à partir d'un état du

¹²¹² Sir Basil Markesinis, *Juges et universitaires face au droit comparé. Histoire de trente-cinq dernières années*, Dalloz, 2006, spéc. p. 167. L'auteur indique que sous la présidence de M. Guy Canivet la Cour de cassation a « manifesté un grand appétit pour le droit comparé ». Voir également R. Legeais, L'utilisation du droit comparé par les tribunaux. Rapport français, dans U. Drobnig et S. van Erp (ed.), *The Use of Comparative Law by Courts*, XIVe Congrès international de droit comparé, Kluwer Law International, 1999, pp. 113-125, spéc. p. 113.

¹²¹³ Selon les propos de M. G. Canivet, « lorsqu'elle est saisie de questions d'une importance notable, qui rendent particulièrement souhaitable de connaître la réponse qu'elles ont reçue à l'étranger, la Cour de cassation commande une étude à l'Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris ou à d'autres instituts de recherche », dans *L'influence de la comparaison des droits dans l'élaboration de la Jurisprudence, Etudes offertes au professeur Ph. Malinvaud*, Litec, 2007, pp. 133-144, spéc. p. 139.

¹²¹⁴ Institut de Droit Comparé Edouard Lambert, Université Jean Moulin-Lyon 3, *Le mariage entre personnes de même sexe. Etude pour la Cour de cassation*, *R.I.D.C.*, 2008, pp.375-443.

¹²¹⁵ M. Lasser, *Judicial (self-)Portraits : judicial Discourse in the French Legal System*, (1995) 104 *Yale L. Journal*, p. 1325 et s., spéc. p. 1370.

¹²¹⁶ Cass. AP, 17 nov. 2000, Bull. plén., n°92 : *JCP* 2000, II, 10438, Voir le rapport du conseiller rapporteur P. Sargos et les conclusions de l'avocat général J. Sainte Rose et note Chabas ; *JCP* 2001, I, 293, n°7, obs. P. Murat ; *D.* 2001, 332, note D. Mazeaud et 336, note Jourdain ; *Dr.fam.* 2001, 11, note Murat ; *Deffr.* 2001, 262, obs. Aubert ; *RTDciv.* 2001, 103, obs. J. Hauser.

¹²¹⁷ Cass. AP, 29 juin 2001, Bull. plén., n° 8 : *JCP* 2001, II, 10569, rapp. Sargos, concl. Sainte-Rose, note Rassat ; *Dr. pénal* 2001, chron. 34, obs. L. Demont ; *RTDciv.* 2001, 560, note J. Hauser, *D.* 2001, chron., 2907, note J. Pradel ; *D.* 2001, jur., 2917, note Y. Mayaud.

¹²¹⁸ Cass. Civ. 3^e, Bull. III, n° 225: *D.* 1998, 111, note J.-L. Aubert ; *JCP* 1998, II, 10093, note Djigo ; *Dr.fam.* 1998, 36, note Lécuyer ; *Deffr.* 1998, 404, obs. Atias ; *RTDciv.*1998, 347, obs. J. Hauser.

droit positif dans le monde et en France, un mouvement général en faveur d'un traitement égalitaire des concubins homosexuels et hétérosexuels. Même si la Cour de cassation semble avoir pris le contre-pied de l'état du droit comparé dans cette affaire et dans celle du mariage de Bègles, il ne faut pas conclure à un mépris de sa part à l'égard du droit comparé. Au contraire, si bien que consciente de l'évolution convergente des droits européens étrangers, elle ne prend pas le parti de bousculer l'état du droit positif français sur des sujets aussi sensibles cela témoigne de son profond respect pour le principe de la séparation des pouvoirs. Il faut en effet observer que dans ces deux affaires, l'évolution constatée dans les différents systèmes juridiques étrangers étudiés résultait d'une intervention législative¹²¹⁹. Cela justifie ainsi la prudence¹²²⁰ de la Cour de cassation, qui laisse le soin d'intervenir au législateur français.

335. Les restrictions formelles tenant à la structure des décisions de la Cour de cassation¹²²¹ expliquent le silence gardé sur sa démarche comparative dans le corps de ses décisions. L'exigence de brièveté de ses arrêts et « l'image du juge automate »¹²²² l'empêche de faire apparaître dans ses décisions la trace du regard qu'elle a posé sur les droits étrangers¹²²³. En outre, la finalité de ces analyses comparatives dans le travail préparatoire des juridictions

¹²¹⁹ Voir I, B des conclusions de M. J.-F. Weber, avocat général. Voir également la conclusion de l'étude de droit comparé sur le mariage entre personnes de même sexe. Il a notamment été conclu que dans les pays de tradition civiliste, comme la France, les juridictions avaient explicitement rejeté le mariage entre personnes de même sexe et que ce sont les législateurs qui ont ouvert l'institution du mariage à ces couples. Ce constat a sans doute convaincu les juges français de ne pas admettre le mariage homosexuel et de laisser cette tâche aux autorités normatives françaises.

¹²²⁰ G. Canivet, La pratique du droit comparé par les cours suprêmes. Brèves réflexions sur le dialogue des juges dans les expériences françaises et européennes : en commentaire de l'article de Sir Basile Markesinis et Jörg Fedtke *Le juge en tant que comparatiste*, article préc., spéc. p. 240. Selon l'auteur : « le juge doit agir avec prudence et discernement. Le recours au droit comparé ne vise évidemment pas à une uniformisation systématique, brutale et forcée des droits au niveau mondial aussi vaine qu'impossible, et il ne s'agit pas davantage de transposer sans réflexion les solutions étrangères ».

¹²²¹ A. Touffait et A. Tunc, Pour une motivation explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation, *R.T.D. civ.*, 1974, 487.

¹²²² G. Samuel, Quelques observations sur la convergence actuelle des méthodes de raisonnement et des styles législatifs, dans S. Robin-Olivier et D. Fasquelle, *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, op. cit., pp. 255-271, spéc. p. 257.

¹²²³ Selon les propos de M. G. Canivet, la Cour de cassation « rend des décisions si courtes et si concentrées sur leurs motifs essentiels qu'il est généralement vain de vouloir y chercher des arguments simplement persuasifs tels que l'invocation de lois ou de précédents étrangers. Mais le travail préparatoire des arrêts laisse en revanche une grande place aux recherches de droit comparé ». Il a ajouté : « le manque de liberté qui est le sien dans la motivation de ses décisions et la prégnance en France de l'idée que les juges ne devraient être que des automates interprétant une loi claire et complète l'empêcheront pour de longues années encore d'écrire dans un arrêt que "la Cour, attendu que telle solution de droit étranger s'inscrit dans un contexte concordant parfaitement avec le contexte de la règle française applicable en l'espèce, et que cette solution est d'une qualité plus élevée que la solution française retenue jusqu'alors, a décidé d'interpréter la règle française d'une façon telle que la solution qu'elle consacre coïncide désormais avec la solution étrangère contemplée " », L'influence de la comparaison des droits dans l'élaboration de la jurisprudence, dans *Etudes offertes au professeur Ph. Malinvaud*, op. cit., spéc. p. 137 et p. 143.

relève davantage de la logique informative, c'est-à-dire destinée à prononcer une décision en connaissance de cause et procéder à une interprétation la plus adaptée au contexte d'application, plutôt que d'une logique normative, c'est-à-dire en vue de se substituer au législateur. Cela ressort clairement des propos de M. Canivet lorsqu'il affirme que ces références au droit comparé ne sont pas seulement d'agrément, mais sont essentielles pour trancher les litiges en conformité avec l'ère du temps et précise, ensuite, que le juge n'a jamais l'initiative du changement¹²²⁴.

336. Cette « utilisation cachée du droit comparé »¹²²⁵ n'est pas le propre de la Cour de cassation française, cette pratique est partagée par d'autres hautes juridictions nationales relevant elles aussi du système romano-germanique. Les juges néerlandais¹²²⁶, italiens¹²²⁷ et espagnols¹²²⁸ font preuve d'autant de discrétion concernant l'usage qu'ils font du droit comparé. Parce qu'ils relèvent de pays de droit écrit, leur raisonnement juridique est déductif et doit être centré sur l'application littérale du droit.

Cette technique judiciaire tranche avec celle des pays de *Common Law*¹²²⁹ dont le système juridique repose sur la règle des précédents¹²³⁰ et dont les juges n'hésitent dès lors pas à citer les décisions d'autres pays de *Common Law* dans le corps de leurs décisions¹²³¹. En *Common Law*, la jurisprudence est une source de droit autonome. Aussi, les juges s'ouvrent plus aisément à l'influence des juridictions appartenant au même système. Néanmoins, une évolution en terme de pratique juridictionnelle émerge également dans ces pays du fait de l'intégration européenne puisque les juridictions anglo-saxonnes tendent de plus en plus à faire

¹²²⁴ G. Canivet, *The Use of Comparative Law Before the French Private Law Courts*, dans G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve, *Comparative Law before the Courts*, op. cit., pp. 181-193, spéc. p. 182 et 183.

¹²²⁵ Formule employée par S. Van Erp au sujet de la Cour de cassation néerlandaise, « hidden use of the comparative law method », *The Use of Comparative Law Method by the Judiciary-Dutch Report*, dans U. Drobnig et S. van Erp (ed.), *The Use of Comparative Law by Courts*, op.cit., p. 235 et s., spéc. p. 243.

¹²²⁶ Voir S. van Erp, *The Use of Comparative Law Method by the Judiciary-Dutch Report*, dans U. Drobnig et S. van Erp (ed.), *The Use of Comparative Law by Courts*, op. cit., p. 235 et s. Voir également AS. Hartkamp, *Comparative Law Before the Dutch Courts*, dans G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve, *Comparative Law before the Courts*, op. cit., pp. 229-233.

¹²²⁷ Sir B. Markesinis, J. Fedtke, *The judge as Comparatist*, (2005) 80 *Tulane Law Review*, p. 11 et s.

¹²²⁸ J. Martin-Canivell, *Comparative Law Before the Spanish Courts*, dans G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve, *Comparative Law before the Courts*, op. cit., pp. 211-216.

¹²²⁹ Pour une vue d'ensemble sur la différence entre le système de *Common Law* et le système romano-germanique, voir G. Samuel, *Quelques observations sur la convergence actuelle des méthodes de raisonnement et des styles législatifs*, dans S. Robin-Olivier et D. Fasquelle, *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, op. cit.

¹²³⁰ R. David, *Le droit comparé. Droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, spéc. p. 80.

¹²³¹ E. Orücü, *Comparative Law in British courts*, dans U. Drobnig et S. van Erp (ed.), *The Use of Comparative Law by Courts*, op. cit., pp. 253-295.

référence aux décisions prises par les juridictions de pays de tradition romano-germanique¹²³². Par exemple, dans l'affaire *Macfarlane v. Tayside Health Board*¹²³³, l'un des juges de la Chambre des Lords, la plus haute juridiction britannique, s'est appuyé, à titre argumentatif, sur la jurisprudence de la Cour de cassation néerlandaise avant de conclure au rejet d'une demande de dommages et intérêts destinés à compenser les frais d'éducation d'un cinquième enfant né après une vasectomie du père dans la clinique du défendeur¹²³⁴.

¹²³² J. Bell, *Le droit comparé au Royaume-Uni, R.I.D.C.*, 1999, pp. 1019-1032, spéc. p.1031.

¹²³³ House of Lords, 25 nov. 1999, (1999)3 *WLR* 1301.

¹²³⁴ Pour d'autres exemples voir S. Robin-Olivier, *L'inspiration venue d'ailleurs dans la construction du droit national. La référence (non imposée) à d'autres droits par les juges des Etats membres de l'Union européenne*, dans S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, op. cit., pp. 141-153, spéc. p. 148 et s.

Section 2 : L'influence des ordres juridiques nationaux sur les droits européens supranationaux

337. La primauté du droit européen supranational ne réduit pas à néant l'intérêt du droit national¹²³⁵. Non seulement le droit du Conseil de l'Europe et celui de l'Union européenne trouvent certaines racines dans le droit interne des Etats membres, particulièrement lorsqu'ils s'intéressent aux questions touchant de près les sensibilités nationales comme le droit de la famille. Mais également, l'effectivité de ces droits dépend parfois des Etats membres et de leur ordre juridique respectif. Les organisations européennes supranationales assignent ainsi un rôle significatif aux ordres juridiques internes des Etats membres tant au stade de l'élaboration du droit européen (§1) qu'à celui de sa mise en œuvre¹²³⁶ (§2).

§1. La place des ordres juridiques nationaux au stade de l'élaboration du droit européen supranational

338. Le caractère technocratique de l'élaboration du droit européen est parfois dénoncé¹²³⁷. Il ne faut pourtant pas conclure à un mépris des institutions européennes à l'égard des ordres juridiques nationaux. Ces derniers ne sont pas étrangers à la naissance de la règle européenne puisqu'ils contribuent non seulement au projet et à sa rédaction, mais participent également à sa consécration juridique. On peut ainsi affirmer que les Etats membres et, incidemment, leurs ordres juridiques interviennent tant au niveau de la conception de la règle européenne (A) qu'à celui de son adoption (B).

¹²³⁵ Selon les propos de M. J. Mertens de Wilmar, ancien Président de la CJUE, « tout n'est pas dit à propos des relations entre le droit des Etats membres et le droit communautaire lorsqu'on a discerné et analysé les conditions d'application et les conséquences du principe de l'effet direct et celles de la primauté de la règle communautaire par rapport à la règle nationale incompatible », *Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des Etats membres*, dans *Mélanges Jean Boulouis*, Dalloz, 2009, p. 391.

¹²³⁶ J.-S. Bergé, *Le rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux des Etats membres (1^{re} partie)*, Présentation de la chronique, *LPA*, 2003, n° 99, p. 4-5.

¹²³⁷ B. Oppetit, *L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême*, *D.* 1990, pp. 73-76.

A. L'intervention des Etats membres au stade de la conception du droit européen supranational

339. Selon les propos de M. Marc Verwilghen, alors Président du Conseil des Ministres, de la justice et des Affaires Intérieures de l'Union européenne, « la méthode comparative constitue à l'heure actuelle l'unique moyen de parvenir à la construction du droit européen ou des droits européens »¹²³⁸. On peut en effet affirmer que les autorités normatives européennes puisent dans « les ressources juridiques nationales »¹²³⁹ au stade de la conception du droit européen supranational puisque non seulement la norme européenne naît parfois sous l'impulsion des Etats membres (1), mais prend également forme sous leur orientation (2).

1. L'impulsion normative des Etats membres

340. Avant d'entreprendre tout rapprochement des systèmes juridiques européens, les institutions européennes cherchent à les connaître et à les comprendre en les comparant, voire en les confrontant¹²⁴⁰. La comparaison et la confrontation des divers droits nationaux sont un préalable nécessaire à toute intervention normative européenne¹²⁴¹. L'initiative d'un texte européen trouve ainsi son origine dans l'analyse des droits internes¹²⁴². Les travaux normatifs européens ont pour point de départ les droits nationaux, lesquels représentent le « terreau fondateur »¹²⁴³ du droit de l'Union européenne et du droit du Conseil de l'Europe. L'analyse des divers ordres juridiques européens leur permet de déceler les sujets sur lesquels un rapprochement de ces droits est envisageable et même nécessaire¹²⁴⁴. Les textes européens en portent la trace. Notamment, la Convention européenne en matière d'adoption des enfants¹²⁴⁵ de 1967 faisait état, dans son préambule, de divergences entre les Etats membres concernant les principes régissant l'institution, la procédure et les effets juridiques. Il apparaît à la lecture

¹²³⁸ M. Verwilghen, Discours, dans F.-R. van der Mensbrugge (Ed.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, PUN, Belgique, 2003, pp. 19-25, spéc. p. 20.

¹²³⁹ J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe*, PUF, 2011, 2^e éd., spéc. p. 480.

¹²⁴⁰ B. Fauvarque-Cosson et W. van Gerven, *La convergence des droits en Europe*, *LPA*, 2007, n° 79, Numéro spécial, *Les 50 ans du Traité de Rome*, pp. 63-81, spéc. p. 64.

¹²⁴¹ « Le repérage des similitudes et des différences entre les droits des différents états membres est un prérequis ». X. Thunis et F.-R. van der Mensbrugge, *Codification et décodification : le droit comparé à contribution*, *Annales de Droit de Louvain*, vol. 61, 2001, n°1, pp. 59-77, spéc. p. 72.

¹²⁴² F. Albanese, *article préc.*, spéc. p. 413.

¹²⁴³ P. Singer et J.-C. Engel, *L'importance de la recherche comparative pour la justice communautaire. L'institutionnalisation d'une véritable démarche jurisprudentielle au cœur même de la juridiction communautaire*, *J.D.I.* 2007, pp. 497-513, spéc. p. 498.

¹²⁴⁴ C.N. Kakouris, *L'utilisation de la méthode comparative par la Cour de justice des Communautés européennes*, dans U. Drobnig et S. van Erp (Eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, Kluwer Law International, 1999, pp. 97-111, spéc. p. 110.

¹²⁴⁵ Convention adoptée à Strasbourg le 24 avril 1967, STE n° 58.

du rapport explicatif de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants, tel qu'il résulte de la révision de 2008, que les « changements sociaux et juridiques intervenus en Europe, depuis la fin des années 1960 », et notamment la modification du droit de l'adoption dans de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe, ont motivé la révision de la Convention de 1967, dont certaines dispositions « se sont trouvées progressivement dépassées »¹²⁴⁶. Ceci dénote le souci du Conseil de l'Europe de faire évoluer son droit en harmonie avec la progression des législations nationales. En outre, la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage¹²⁴⁷ prend acte des nombreux efforts entrepris au sein des Etats membres pour améliorer le statut juridique des enfants nés hors mariage avant de souligner la persistance de certaines disparités dans ce domaine. Il semble ainsi que le constat de différences entre les divers systèmes juridiques européens motive souvent l'élaboration d'une convention européenne.

341. De nombreuses résolutions ou recommandations du Conseil de l'Europe¹²⁴⁸ sont également la conséquence d'un constat de divergences entre les Etats membres¹²⁴⁹. C'est notamment après avoir observé le maintien de nombreuses discriminations dans certains Etats, et ce malgré la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité juridique entre époux dans les Etats membres, que le Comité des Ministres a adopté la résolution (78) 37 sur l'égalité des époux en droit civil¹²⁵⁰. En outre, la pratique convergente des Etats membres et leurs expériences dans un même domaine inspirent la rédaction d'un texte européen par les

¹²⁴⁶ Voir introduction du Rapport explicatif à la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée), CM (2008) 13 addendum, 28 mars 2008, particulièrement le point 3.

¹²⁴⁷ Convention adoptée à Strasbourg le 15 octobre 1975, STE n° 85.

¹²⁴⁸ Voir notamment la recommandation 1117 (1989) relative à la condition des transsexuels adoptée le 29 septembre 1989 par l'APCE ; la recommandation R (88) 3 sur la validité des contrats entre les personnes vivant ensemble en tant que couple non marié et de leurs dispositions testamentaires adoptée le 7 mars 1988 par le CM ; la résolution 1468 (2005) relative au mariages forcés et mariages d'enfants adoptée le 5 octobre 2005 par l'APCE.

¹²⁴⁹ Voir la recommandation R (81) 15 concernant les droits des époux relatifs à l'occupation du logement de la famille et à l'utilisation des objets du ménage adoptée par le CM le 16 octobre 1981. Le Comité des ministres fait remarquer que « dans certains Etats les droits des époux relatifs au logement de la famille et aux objets du ménage sont insuffisamment protégés » et que « malgré une réalisation progressive, en fait et en droit, de l'égalité des sexes dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, il serait souhaitable d'améliorer la situation juridique des époux en ce qui concerne le logement de la famille et les objets du ménage ». Voir également la recommandation 1798 (2007) sur le respect du principe d'égalité des sexes en droit civil adoptée le 24 mai 2007 par l'APCE. Cette dernière évoque deux études portant sur les systèmes juridiques européens ayant montré que la discrimination envers les femmes était particulièrement fréquente en matière de statut personnel des femmes et de droit de la famille et que dans certains cas, en pratique, les hommes subissaient des discriminations en ce qui concerne l'exercice des droits parentaux.

¹²⁵⁰ Résolution adoptée le 27 septembre 1978, voir le préambule.

autorités normatives dans le but de généraliser cette pratique¹²⁵¹. A titre d'exemple, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a tenu compte des expériences menées dans plusieurs pays pour souligner l'opportunité d'une intervention européenne et adopter la recommandation R (98) 1 sur la médiation familiale¹²⁵².

342. Le même constat s'impose du côté du droit de l'Union européenne. Le Parlement européen évoque à l'appui de sa résolution sur les familles monoparentales¹²⁵³ la diversité des statuts des parents uniques au sein des Etats membres. L'opportunité des règles de droit international privé adoptées par l'Union européenne en matière familiale est également fondée sur les différences existantes entre les règles nationales en matière de compétence et de reconnaissance des jugements étrangers, lesquelles rendent plus difficile la libre circulation des personnes ainsi que le bon fonctionnement du marché intérieur¹²⁵⁴.

343. On peut ainsi dire qu'une analyse de droit comparé précède nécessairement les travaux normatifs des autorités européennes supranationales, lesquelles ne légifèrent donc pas en méconnaissance des ordres juridiques des Etats membres. Il ne faut pas, néanmoins, conclure à un rôle passif des Etats membres dans le processus législatif européen. L'initiative européenne ne repose pas seulement sur un bilan de droit comparé opéré au sein même des institutions européennes et excluant ainsi toute part active des Etats membres à ce constat. En effet, ces derniers contribuent parfois à soulever l'intérêt d'une intervention normative européenne et participent ainsi indirectement à l'initiative du texte. Cela se vérifie tant au sein du Conseil de l'Europe **(a)** qu'au sein de l'Union européenne **(b)**.

¹²⁵¹ Voir par exemple la recommandation R (98) 8 du CM sur la participation des enfants à la vie familiale et sociale adoptée le 18 septembre 1998.

¹²⁵² Recommandation adoptée le 21 janvier 1998, voir considérants 7 et 9.

¹²⁵³ J.O.C.E. n° C 227/31 du 8 juillet 1986.

¹²⁵⁴ Voir règlement CE n° 1247/2000 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, J.O. n° L 160 du 30 juin 2000, pp. 19-36, particulièrement le considérant 4 ; règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.O. n° L 012 du 16 janvier 2001, pp. 1-23, particulièrement le considérant 2 ; voir également la proposition de règlement 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 présentée par la Commission, COM (2006) 399 final.

a. La contribution normative des Etats membres au sein du Conseil de l'Europe

344. Au sein du Conseil de l'Europe, l'initiative normative procède de diverses sources¹²⁵⁵. En effet, si en théorie l'initiative normative appartient au Comité des Ministres, ce dernier agit le plus souvent en réponse aux sollicitations des gouvernements des Etats membres et de l'Assemblée parlementaire. Les organes subsidiaires du Comité des ministres travaillent sur la base des orientations définies à l'occasion d'assemblées planifiées au sein du Conseil de l'Europe et regroupant les spécialistes des Etats membres. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe est certes un organe d'initiative, mais il est avant tout, en tant qu'instance intergouvernementale, le cadre institutionnel privilégié de coopération politique entre les Etats membres. C'est, en effet, en son sein que les gouvernements des Etats membres expriment sur un pied d'égalité¹²⁵⁶ leur approche nationale des questions auxquelles la « société européenne » est confrontée et nouent le dialogue en vue d'élaborer une réponse commune à ces défis transfrontaliers. C'est la raison pour laquelle l'impulsion normative du Conseil de l'Europe en matière familiale trouve son origine dans de nombreuses assemblées politiques et juridiques planifiées au sein de l'organisation¹²⁵⁷ telles les différentes conférences des ministres européens de la Justice et des ministres chargés des affaires familiales, les conférences européennes sur le droit de la famille, les colloques de droit européen concernant le droit de la famille et enfin les sommets des chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe. Ces rencontres sont l'occasion pour les Etats membres et autres organisations de débattre de diverses questions, y compris les plus controversées en droit de la famille, d'échanger leur expérience, de confronter leurs pratiques afin de renforcer leur coopération dans ce domaine en travaillant ensemble à la recherche de meilleures solutions pour l'avenir. Lors de ces assemblées ont notamment été évoquées la question du lien de filiation¹²⁵⁸, de la médiation familiale¹²⁵⁹, de la représentation légale et de la garde des enfants¹²⁶⁰, du nom de famille¹²⁶¹, et du couple¹²⁶².

¹²⁵⁵ Voir le schéma synthétisant le réseau d'initiatives et le processus décisionnel au sein du Conseil de l'Europe, dans F. Albanese, *Le Processus législatif au Conseil de l'Europe*, *R.T.D.eur.* 1986, pp. 391-417, spéc. p. 417.

¹²⁵⁶ Art.14 du Statut du Conseil de l'Europe.

¹²⁵⁷ F. Albanese, *article préc.*, spéc. p. 393.

¹²⁵⁸ Troisième Conférence européenne sur le droit de la famille de 1995 à Cadix, XXVIIe Colloque de droit européen de 1997 à Malte.

¹²⁵⁹ 16^{ème} Conférence des Ministres européens de la Justice à Lisbonne en 1988, Deuxième et Troisième conférence européenne sur le droit de la famille à Budapest en 1992 et à Cadix en 1995.

¹²⁶⁰ 7^{ème} Conférence des Ministres européens de la Justice à Bâle en 1972, IV Colloque de Droit européen à Vienne en 1974.

¹²⁶¹ 13^{ème} Conférence des Ministres européens de la Justice à Athènes en 1982.

345. C'est au cours de ces diverses réunions que les participants soulèvent les sujets propices à la coopération. Elles sont les lieux communs de formulation des priorités politiques de l'organisation et de planification des actions normatives du Conseil de l'Europe en droit de la famille¹²⁶³ et représentent la base du programme de travail du Conseil de l'Europe. Afin de réaliser au mieux sa mission, le Comité des Ministres planifie, depuis 1966¹²⁶⁴, ses activités dans le cadre de programmes de travail annuels intitulés « Programme intergouvernemental d'activités ». Ces programmes sont destinés à définir plus clairement les objectifs que le Conseil de l'Europe se propose d'atteindre afin de mener ses activités dans un esprit d'efficacité. Les projets de programme présentés par le Secrétaire général pour approbation du Comité des Ministres ne sont pas établis de façon aléatoire. Ils tiennent compte notamment des priorités fixées à l'issue des sommets européens et des conférences des ministres spécialisés auxquelles le Conseil de l'Europe apporte son concours.

346. Les sommets des chefs d'Etat et de gouvernement du Conseil de l'Europe revêtent une importance primordiale dans l'agenda politique du Conseil. De nature à compléter et dynamiser le système institutionnel du Conseil, ils apportent une valeur ajoutée, d'un point de vue politique et médiatique, aux travaux de l'organisation. Les nouveaux mandats politiques de l'organisation sont, en effet, définis lors des sommets des chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe, sommets à l'issue desquels sont adoptés des déclarations finales et plans d'action. Les déclarations finales définissent pour les années à venir les nouvelles missions reflétant l'objectif statutaire du Conseil de l'Europe de réaliser une union plus étroite entre les Etats membres. Les plans d'action, quant à eux, énoncent une série de mesures concrètes à entreprendre pour mettre en œuvre la nouvelle déclaration de mission. Ils visent à répondre aux principaux défis paneuropéens actuels et à adapter les missions de l'organisation au nouveau contexte européen.

Les plans d'action adoptés lors des deuxième et troisième sommets des chefs d'Etat et de gouvernement tenus respectivement à Strasbourg en octobre 1997 et à Varsovie en mai 2005 ont fait du droit de la famille, et en particulier de la protection des enfants, un domaine

¹²⁶² 1^{ère} et 2^{ème} Conférence européenne sur le droit de la famille à Vienne en 1977 et à Budapest en 1992, XI Colloque de droit européen en 1981 à Messine.

¹²⁶³ Activités du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la famille, CM-GR-SOC(98)14.

¹²⁶⁴ Décision prise par le CM à sa 36^{ème} session le 3 mai 1965, voir résolution (65) 23 relative au programme de travail intergouvernemental du Conseil de l'Europe adoptée le 10 décembre 1965 par le CM et résolution (66) 24 relative à la préparation et à la mise en œuvre des activités intergouvernementales du Conseil de l'Europe adoptée par les Délégués des Ministres le 30 avril 1966.

de travail prioritaire du Conseil de l'Europe¹²⁶⁵. Ainsi, le coup d'envoi du programme « Construire une Europe pour et avec les Enfants », adopté par le Conseil de l'Europe à la suite des priorités fixées par le troisième sommet¹²⁶⁶, a été donné à Monaco en avril 2006. Ce programme entend, sur trois ans (2006-2009), conformément à la volonté affirmée des chefs d'Etat et de gouvernement du Conseil de l'Europe d'édifier une Europe pour les enfants, promouvoir les droits de l'enfant et éradiquer toute forme de violence à leur égard.

347. L'impulsion normative du Conseil de l'Europe trouve également sa source dans les conférences des ministres européens spécialisés. Le Conseil de l'Europe, considérant que ses efforts dans la poursuite de son objectif peuvent être favorisés par les contacts directs entre les membres des gouvernements qui sont chargés d'un secteur déterminé de l'action gouvernementale, apporte son concours aux conférences des ministres spécialisés qui demeurent formellement indépendantes des structures du Conseil¹²⁶⁷. Dans sa résolution (71) 44 du 16 décembre 1971, le Comité des ministres a souligné que le Conseil de l'Europe apporte son concours à ces conférences tout en respectant leur autonomie et la souplesse de leurs méthodes de travail. Des projets pouvant faire l'objet d'une action concertée entre les Etats membres ou constituer un nouvel axe de travail pour l'organisation sont élaborés au cours de ces conférences. Celles-ci visent ainsi à renforcer la coopération intergouvernementale statutairement prévue dans le cadre du Comité des Ministres. Elles donnent l'occasion aux ministres européens de se réunir régulièrement pour discuter de thèmes d'actualité et de donner une impulsion aux travaux du Conseil de l'Europe dans leur domaine de compétence. Ils confrontent les expériences nationales, adoptent des directives sous forme de recommandations et se concertent sur leur action future.

348. L'organisation entretient des rapports de travail particuliers avec les conférences des ministres spécialisés qui sont de nature à concourir aux activités du Conseil. Parmi les conférences avec lesquelles le Conseil de l'Europe poursuit de tels rapports figurent la conférence des ministres européens de la justice, mais aussi la conférence des ministres européens chargés des affaires familiales. La politique familiale fait partie du programme de

¹²⁶⁵ Deuxième sommet réuni à Strasbourg les 10 et 11 octobre 1997, voir en particulier le chapitre II, point 3 et chapitre III, point 4 du plan d'action adopté à l'issue de ce sommet ; Troisième sommet réuni à Varsovie les 16- et 17 mai 2005, voir en particulier chapitre II, point 4 et chapitre III, point 2 du plan d'action adopté à l'issue de ce sommet.

¹²⁶⁶ Voir rapport sur la mise en œuvre du plan d'action de Varsovie, CM (2007) 76. III. 2.

¹²⁶⁷ Résolution (71) 44 sur les conférences de ministres spécialisés, adoptée par le CM le 16 décembre 1971.

travail du Conseil de l'Europe depuis la première édition de la Conférence des Ministres chargés des affaires familiales tenue à Vienne en 1959 sur le thème « échange de vues sur des sujets de politique familiale de la compétence des Ministres ». Depuis, vingt-neuf sessions ont été organisées sur des thèmes variés¹²⁶⁸. Lors des conférences des ministres européens de la justice, de nombreuses matières relatives à la famille ont été examinées, notamment la coopération dans le domaine de la représentation légale et de la garde des enfants¹²⁶⁹, l'harmonisation et la réforme du droit de la famille¹²⁷⁰, l'acquisition du nom de famille¹²⁷¹ ou la primauté des intérêts de l'enfant dans le domaine du droit privé¹²⁷². Les ministres européens de la justice se sont réunis plus récemment, les 25 et 26 octobre 2007, à Lanzarote. A l'issue de cette 28^{ème} session, a été adoptée une résolution n° 2 sur une justice adaptée aux enfants¹²⁷³. Dans la continuité de sa stratégie « Construire une Europe pour et avec les enfants », le Conseil de l'Europe a poursuivi son action visant à promouvoir les droits des enfants et à protéger les enfants contre toutes les formes de violence en organisant une conférence sur la « protection des enfants dans les systèmes judiciaires européens » à Tolède les 12 et 13 mars 2009.

349. Les résolutions, décisions et autres textes émanant de ces conférences sont adressés en règle générale au Comité des Ministres qui les transmet à ses propres organes compétents aux fins d'y donner suite. C'est ainsi que le Comité des Ministres adopte des résolutions,

¹²⁶⁸ « Evolution de la parentalité : enfants aujourd'hui, parents demain », 28^{ème} session tenue à Lisbonne les 16 et 17 mai 2006 ; « Conciliation de la vie familiale et professionnelle », 27^{ème} session tenue à Portoroz en 2001 ; « Vers une société accueillante pour les enfants », 26^{ème} session tenue à Stockholm en 1999 ; « L'adolescence : un défi pour la famille (L'éducation et le soutien à la fonction parentale) », 25^{ème} session tenue à Vienne en 1997 ; « Le statut et le rôle du père - Aspects de la politique familiale », 24^{ème} session tenue à Helsinki en 1995 ; « Politiques familiales, droits des enfants, responsabilités parentales » 23^{ème} session tenue à Paris en 1993 ; « L'égalité de l'homme et de la femme : ses incidences sur la vie familiale et l'action gouvernementale », 14^{ème} session tenue à Oslo en 1975 ; « Parents seuls avec enfant à charge », 12^{ème} session tenue à Stockholm en 1971.

¹²⁶⁹ Résolution n° 1 de la 7^{ème} Conférence tenue à Bâle en 1972.

¹²⁷⁰ Résolution n° 1 de la 10^{ème} Conférence tenue à Bruxelles en 1976. Lors de cette conférence, les Ministres européens de la justice ont prié le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe d'étudier « toutes les mesures qui devraient ou pourraient être prises en vue de l'harmonisation du droit de la famille au niveau européen eu égard entre autres, à l'importance de la famille en tant qu'unité de base de la société ».

¹²⁷¹ Résolution n° 2 de la 13^{ème} Conférence tenue à Athènes en 1982.

¹²⁷² Résolution n° 2 de la 16^{ème} Conférence tenue à Lisbonne en 1988. Les Ministres ont recommandé au Comité des Ministres d'inviter les Etats membres à ratifier les Conventions protégeant les intérêts des enfants et de prêter une attention particulière aux matières suivantes : l'amélioration et l'accélération des procédures devant les tribunaux de droit commun lorsque les intérêts de l'enfant sont en jeu, la création de tribunaux de la famille ou de chambres spécialisées des tribunaux ordinaires, et d'autres instances similaires, disposant de moyens renforcés pour protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, l'audition de l'enfant et la représentation appropriée de l'enfant, le droit de l'enfant à avoir accès à ses deux parents après leur séparation ou divorce, le recours à la procédure de règlement amiable (conciliation) pour protéger l'intérêt supérieur de l'enfant et l'adoption d'une approche multidisciplinaire à la résolution de problèmes relatifs à l'intérêt de l'enfant.

¹²⁷³ MJU-28 (2007) Resol. 2F.

recommandations¹²⁷⁴ et Conventions au visa des conclusions émises à l'issue de ces multiples rencontres. Parmi les Conventions, la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants¹²⁷⁵ fait notamment référence dans son rapport explicatif à la résolution n° 1 adoptée par la 7^{ème} conférence des ministres européens de la justice à Bâle du 15 au 18 mai 1972 recommandant au Comité des ministres d'étudier toute forme de coopération entre les Etats membres en vue d'assurer sur le plan international la protection accrue des enfants, en prenant en considération leur seul bien-être. La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants renvoie dans son rapport explicatif à la résolution n° 2 de la 16^{ème} conférence des ministres européens de la justice tenue à Lisbonne en juin 1988 sur la primauté de l'intérêt de l'enfant dans le domaine du droit privé et recommandant au Comité des Ministres de consacrer une attention particulière à l'intérêt de l'enfant dans le cadre de ses activités relatives au droit de la famille.

350. Le Conseil de l'Europe organise également des conférences européennes sur le droit de la famille ainsi que des colloques de droit européen qui sont l'occasion pour les Etats membres et autres organisations de débattre de diverses questions, celles relevant du droit de la famille comprises. A la suite des propositions formulées lors de ces réunions un certain nombre de questions concernant le droit de la famille sont intégrées dans le programme d'activité du Conseil. Se sont tenues, depuis 1977, sept conférences dont les sujets abordés avaient trait à diverses questions intéressant le domaine familial tels les régimes matrimoniaux¹²⁷⁶, le divorce¹²⁷⁷, la médiation familiale¹²⁷⁸, la séparation parentale¹²⁷⁹, le

¹²⁷⁴ La résolution (77) 33 sur le placement des enfants visant les conclusions de la 13^{ème} conférence des ministres européens chargés des affaires familiales tenue en 1973, la recommandation (2006) 19 relative aux politiques visant à soutenir une parentalité positive renvoyant notamment au communiqué final et à la déclaration politique des ministres européens chargés des affaires familiales lors de leur 28^{ème} session tenu les 16 et 17 mai 2006 à Lisbonne, et la recommandation 1074 (1988) relative à la politique de la famille notant les résultats de la 20^{ème} Conférence des ministres européens chargés des affaires familiales (mai 1987) en sont des exemples manifestes.

¹²⁷⁵ Adoptée le 20 mai 1980 au Luxembourg, STCE n° 105, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1983, ratifiée par 35 Etats membres (Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Lettonie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Moldova, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République Tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Slovaquie, Suède, Suisse, Turquie et Ukraine).

¹²⁷⁶ 1^{ère} conférence européenne sur le droit de la famille tenue à Vienne en 1977 et 6^{ème} conférence tenue à Strasbourg les 14 et 15 octobre 2002, voir les actes de la 6^{ème} conférence européenne sur le droit de la famille, CONF/FAM (2002) PRO.

¹²⁷⁷ 1^{ère} et 2^{ème} conférence tenue à Budapest en 1992.

¹²⁷⁸ 2^{ème} conférence ; 4^{ème} conférence tenue à Strasbourg les 1^{er} et 2 octobre 1998 et 7^{ème} conférence tenue à Strasbourg le 16 mars 2009.

¹²⁷⁹ 2^{ème} conférence.

mariage, la responsabilité parentale¹²⁸⁰, les droits des enfants¹²⁸¹, le partenariat enregistré¹²⁸² et les successions¹²⁸³. Les conférences européennes ont une fonction prospective en ce qu'elles dégagent les grandes tendances pour l'avenir. A l'issue, les participants formulent des propositions de réforme sur le droit de la famille présentées pour examen au Conseil de l'Europe et ayant souvent conduit à la préparation par le Comité des Ministres d'instruments internationaux. La recommandation n° R (82) 2 relative au versement par l'Etat d'avances sur les aliments dus aux enfants visant les vœux émis lors de la 1^{ère} Conférence européenne sur le droit de la famille et la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants¹²⁸⁴ faisant référence, dans son rapport explicatif, à la 3^{ème} Conférence européenne sur le droit de la famille réunie sur le thème « le droit de la famille dans l'avenir » et recommandant au Conseil de l'Europe d'approfondir davantage la question du droit de visite transfrontière des enfants illustrent ce propos.

351. Afin d'approfondir la situation actuelle et les tendances qui se dessinent au sujet de certaines questions spécifiques, le Conseil de l'Europe organise depuis 1969 des colloques de droit européen. Y participent les délégués de la plupart des pays du Conseil de l'Europe et un certain nombre d'experts, juristes professionnels ou universitaires. Le but de ces colloques est de permettre un libre échange d'information et d'idées sur un thème juridique d'actualité en Europe et de rechercher si, en dépit des situations différentes et des législations distinctes sur ces différentes questions, un consensus minimum pouvant servir de base à des propositions destinées au Conseil de l'Europe existe. Ils sont d'une très haute utilité pour les activités du Conseil de l'Europe dans le domaine juridique puisqu'ils permettent de réunir des spécialistes du monde universitaire et les responsables de la réforme législative dans les Ministères concernés des Etats membres c'est-à-dire les meilleurs spécialistes européens d'une question.

Ces colloques ne sont pas seulement un forum de discussion. Les priorités d'action soulevées au cours de ces colloques sont retranscrites dans le Programme juridique du Conseil de l'Europe. Ces rencontres contribuent à une étude approfondie des problèmes contemporains de la famille ainsi qu'à leur résolution sur la base de standards communs. Plusieurs colloques ont eu trait à la question familiale, tels le IV^e colloque qui s'est tenu à

¹²⁸⁰ 1^{ère} et 2^{ème} conférence.

¹²⁸¹ 1^{ère} et 3^{ème} conférence tenue à Cadix du 20 au 22 avril 1995, voir actes de la troisième conférence européenne sur le droit de la famille, CONF/FA(95)1.

¹²⁸² 5^{ème} Conférence tenue à La Haye en 1999.

¹²⁸³ 6^{ème} Conférence.

¹²⁸⁴ adoptée le 15 mai 2003 à Strasbourg, STCE n° 192, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2005, ratifiée par 5 Etats membres (Albanie, République Tchèque, Roumanie, Saint Marin et Ukraine)

Vienne en 1974 sur le thème de « représentation légale et garde des mineurs », le XI^e colloque ayant eu lieu à Messine en 1981 sur les problèmes juridiques posés par les couples non mariés et le XXVII^e colloque ayant porté sur les problèmes juridiques concernant le lien de filiation du 15 au 17 septembre 1997 à La Valette. Plus récemment, le Conseil de l'Europe a organisé un séminaire européen sur la protection et la promotion des droits des enfants à Kiev les 6 et 7 décembre 2007¹²⁸⁵. A l'issue de ces colloques, les participants adoptent des propositions de réforme législative à la lumière desquelles les organes subsidiaires du Comité des Ministres établissent un rapport détaillé et émettent un avis sur le type d'instrument juridique le plus approprié pour tenter de remédier aux difficultés soulevées.

352. Le Comité des Ministres, dans l'exercice de sa fonction statutaire, bénéficie également de l'impulsion de l'Assemblée parlementaire¹²⁸⁶. En effet, le programme d'activité du Comité des Ministres est mis à jour à la lumière des recommandations et résolutions de l'Assemblée parlementaire. La fonction tribunicienne de l'Assemblée lui laisse une très large marge d'appréciation et l'autorise à aborder les sujets politiques les plus sensibles et les questions les plus essentielles pour l'Europe de demain. Elle constitue un véritable forum de réflexion en tant que plus large enceinte parlementaire devant laquelle peuvent prendre la parole les représentants politiques des Etats. Son autorité est renforcée du fait qu'y siègent des parlementaires issus de toute l'Europe et que ses débats peuvent se conclure par une résolution ou par une recommandation adressée au Comité des Ministres. Les recommandations constituent un moyen par lequel elle propose que ce dernier entreprenne telle ou telle action, tandis que les résolutions reflètent les décisions de l'Assemblée sur des questions qu'elle est habilitée à régler ou l'expression d'opinions qui engagent sa seule responsabilité. Elles ne requièrent pas de réponse du Comité des Ministres, ce qui n'empêche pas ce dernier de s'y référer. Le Statut prévoit que le Comité est tenu de faire suite positivement ou négativement aux recommandations de l'Assemblée. Les textes adoptés par l'Assemblée servent d'indication au Comité des Ministres et conduisent aux travaux réalisés par les divers comités d'experts traitant des questions relatives à la famille. A titre d'exemple, l'Assemblée parlementaire a pris l'initiative du projet de convention sur l'exercice des droits des enfants dans sa recommandation 1121 relative aux droits des enfants. L'Assemblée y invitait le Comité des Ministres à charger les comités directeurs compétents d'examiner la possibilité d'élaborer un instrument juridique approprié en vue de compléter la Convention

¹²⁸⁵ Voir les conclusions présentées par M. J.-M. Scherpe, CJ-FA/SEM(2007)5.

¹²⁸⁶ F. Albanese, *article précité*, spéc. p. 193.

des Nations Unies sur les droits de l'enfant¹²⁸⁷. Corrélativement, le Comité des Ministres a chargé le comité d'expert sur le droit de la famille (CJ-FA) d'étudier cette question dès 1990¹²⁸⁸.

353. L'action normative du Comité des Ministres en matière de coopération juridique en droit de la famille semble d'autant plus légitime qu'elle est stimulée par les orientations dictées à l'issue de divers rassemblements intergouvernementaux. Le Conseil de l'Europe, en privilégiant le dialogue, est l'expression la plus manifeste de la coopération intergouvernementale en Europe puisque les mesures prises en son sein sont, en effet, le produit d'une coopération entre les divers gouvernements des Etats parties.

b. La contribution normative des Etats membres au sein de l'Union européenne

354. Les autorités normatives de l'Union européenne tiennent également compte des volontés émises par les Etats membres. Par exemple, le règlement CE n° 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale résulte d'une initiative de la France¹²⁸⁹ présentée en vue de faciliter l'exercice du droit de visite des enfants de couples séparés ou divorcés et dont les parents résident dans des Etats membres différents¹²⁹⁰. Dans son projet de règlement la France prévoyait la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle de la force exécutoire des décisions des Etats membres et la mise en place d'un mécanisme de coopération aux fins de rendre effectif l'exercice du droit de visite et le retour de l'enfant à l'issue de la période de visite. Le Conseil de l'Union européenne a tenu compte de l'initiative française et en a profité pour étendre le champ d'application personnel et matériel du règlement *Bruxelles II* en vue d'assurer une égalité de traitement de tous les enfants¹²⁹¹.

¹²⁸⁷ Voir point B de la recommandation.

¹²⁸⁸ A. Isola, Les principes d'organisation familiale posés par la « législation » issue du Conseil de l'Europe, dans F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, L.G.D.J., 1996, pp. 31-64, spéc. p. 39. Voir également le rapport explicatif de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (STE n°160).

¹²⁸⁹ Initiative de la République française en vue de l'adoption du règlement (CE) du Conseil relatif à l'exécution mutuelle des décisions concernant le droit de visite des enfants, J.O. n° C 234 du 15 août 2000, p. 7. Voir O. Tell, Le point de vue de la Commission européenne, dans *Famille et Europe : un espace judiciaire et familial en construction. Règlements adoptés et projets en cours*, G.P. 7-8 juillet 2006, pp. 22-24, spéc. p. 23.

¹²⁹⁰ La Commission européenne partage le droit d'initiative avec les Etats membres dans le domaine de la justice et des affaires intérieures.

¹²⁹¹ A.-M. Rouchaud, Projets et perspectives de mise en œuvre du programme de reconnaissance mutuelle, *LPA*, 2002, n° 248, pp. 20-26, spéc. p. 20 et 21

355. Par ailleurs, le règlement CE n° 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligation alimentaire fait suite à l'adoption en 2007, par la Conférence de La Haye, de la Convention sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille et du protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires¹²⁹².

356. Le règlement *Rome III* est également le résultat de l'impulsion normative de certains Etats membres de l'Union européenne et, plus particulièrement, de la mise en œuvre d'une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps¹²⁹³. Cette coopération renforcée fait suite à l'échec de la procédure d'adoption devant le Conseil de l'UE de la proposition de règlement modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale¹²⁹⁴. Cet instrument avait été présenté par la Commission européenne le 17 juillet 2006 à la suite du livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce¹²⁹⁵. Faute d'unanimité, la proposition de règlement dit *Rome III* a été abandonnée. A la suite de cet échec, la Grèce, l'Espagne, l'Italie, la Hongrie, le Luxembourg, l'Autriche, la Roumanie et la Slovénie ont présenté en juillet 2008 une demande à la commission indiquant qu'ils souhaitaient établir entre eux une coopération renforcée¹²⁹⁶ dans le domaine de la loi applicable en matière matrimoniale. Depuis, la Grèce s'est retirée de ce groupe et six autres Etats membres s'y sont joints : la Bulgarie, la France¹²⁹⁷, l'Allemagne, la Belgique, la Lettonie, Malte et le Portugal. Ainsi, sans l'initiative de quelques Etats membres, aucun instrument relatif à la loi applicable au divorce n'aurait pu entrer en vigueur au sein de l'Union européenne.

¹²⁹² Règlement adopté le 18 décembre 2008, JOUE n° L 7 du 10 janvier 2009, p. 1.

¹²⁹³ Règlement (UE) n° 1259/2010 adopté le 20 décembre 2010, J.O. n° L 343/10 du 29 décembre 2010. Voir également la proposition de règlement, COM (2010) 105 final/2. Voir F. Perrotin, *La famille à l'heure européenne*, *LPA*, 2010, n° 76, pp. 4-5.

¹²⁹⁴ COM (2006) 399 final.

¹²⁹⁵ COM (2005) 82 final. Voir H. Fulchiron, *Vers la communautarisation des règles de conflit de lois en matière de divorce ?* (à propos du livre vert de la Commission sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce), *AJ fam.* 2005, n° 11, pp. 390-393.

¹²⁹⁶ La procédure de coopération renforcée est prévue aux articles 326 et suivants du titre III du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Elle permet de surmonter les difficultés du vote à l'unanimité au Conseil. C'est la première fois qu'elle a été mise en œuvre depuis qu'elle a été institutionnalisée par le Traité d'Amsterdam.

¹²⁹⁷ En janvier 2009.

2. La rédaction des normes européennes orientée par les Etats membres

357. Une fois le projet normatif entrepris, les autorités normatives européennes n'hésitent pas à consulter les spécialistes des Etats membres sur l'objet du texte en préparation afin d'orienter sa rédaction. On peut en faire état en droit de l'Union européenne notamment en ce qui concerne la rédaction de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'élaboration de la Charte a été entamée après le Conseil européen de Tampere en octobre 1999¹²⁹⁸. Elle a été élaborée par une Convention composée de représentants des Chefs d'Etat ou de gouvernement des Etats membres, d'un représentant du Président de la Commission européenne, de seize membres du Parlement européen, de membres du Conseil et de la Commission ainsi que de trente membres des parlements nationaux. Y ont également assisté deux représentants du Conseil de l'Europe dont un de la Cour EDH et deux représentants de la CJUE en qualité d'observateurs. Plusieurs groupes d'intérêts ont été entendus au cours d'audiences publiques organisées par la Convention. La composition de la Convention et ses méthodes de travail traduisent la quête de légitimité animant les acteurs de la construction communautaire. Cette Convention est, en effet, l'expression manifeste d'un dialogue, dans le processus de construction du droit de l'Union européenne, entre les acteurs européens et les acteurs nationaux les plus proches des citoyens européens. Elle permet de démentir les affirmations selon lesquelles le droit européen est un droit étranger venant de nulle part parce qu'élaboré par des technocrates situés loin des préoccupations des citoyens.

358. Cette quête de légitimité de l'Union européenne se retrouve en droit international privé de la famille. La rédaction de règlements en la matière sont précédés de consultations publiques lancées par les livres verts, mais aussi par l'institution de groupes d'experts représentatifs de tous les systèmes juridiques afin d'aider à la préparation par la Commission d'une ou plusieurs initiatives législatives. Par exemple, en matière de successions et de testaments le groupe d'expert était notamment composé de quatre représentants de la France, dont deux praticiens et deux universitaires. Par ailleurs, deux études de droit comparé ont été sollicitées par la Commission en la matière, l'une dans le domaine des régimes matrimoniaux et des questions patrimoniales liées à la séparation des couples non mariés¹²⁹⁹ et l'autre dans

¹²⁹⁸ Voir Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999.

¹²⁹⁹ Voir Annexe au livre vert sur le règlement des conflits de loi en matière de régimes matrimoniaux traitant notamment de la question de la compétence judiciaire et de la reconnaissance mutuelle, SEC(2006)952, doc. du 17 juillet 2006.

le domaine des successions¹³⁰⁰. Ces études ont été commandées en vue de prendre la mesure des disparités existant entre les législations des Etats membres tant en ce qui concerne le droit matériel que le droit international privé de la famille et en vue de formuler des propositions de solution pour une législation au niveau de l'Union européenne.

359. On peut noter également le rôle important joué par le Parlement¹³⁰¹ et l'analyse du droit des Etats membres dans le cadre de l'introduction dans la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial¹³⁰² pour étendre potentiellement le champ d'application du regroupement familial au partenaire enregistré¹³⁰³. L'évolution du droit des Etats membres dans le sens de l'adoption d'un régime de partenariat enregistré et de l'assimilation des partenaires aux conjoints mariés a contraint le législateur de l'Union européenne à faire évoluer son droit en tenant compte de ces nouveaux modèles de famille et à introduire en droit de l'Union une qualification juridique créée par les droits internes. Si le législateur européen prend acte de l'évolution des droits internes en ce qui concerne la famille, il n'entend pas imposer cette évolution aux Etats réfractaires. La directive précise en effet qu' « il appartient aux Etats membres de décider s'ils souhaitent autoriser le regroupement familial pour [...] les partenaires non mariés ou enregistrés »¹³⁰⁴. Elle laisse ainsi toute latitude aux Etats pour étendre ce nouveau modèle familial et respecte par là même la souveraineté de ces derniers dans ce domaine.

360. Les instances européennes détenant le pouvoir d'initiative, qu'il s'agisse du Comité des Ministres au Conseil de l'Europe ou de la Commission européenne au sein de l'Union européenne, désignent le plus souvent des groupes d'experts chargés de rédiger le texte en projet. Chacun des Etats membres est invité à désigner un expert le représentant et participant aux discussions en partant nécessairement de son droit national. La composition de la commission européenne laisse aussi supposer l'intervention du processus comparatif au stade

¹³⁰⁰ Voir Etude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne délivrée par l'Institut Notarial Allemand en coopération avec les Professeurs H. Dörner et P. Lagarde, consultable sur http://ec.europa.eu/justice_home/news/events/document/rapport_synthese_etude_fr.pdf

¹³⁰¹ Avis du Parlement européen, JO n° C 135 du 7 mai 2001, p. 174.

¹³⁰² JOUE n° L 251 du 3 octobre 2003, p. 12-18.

¹³⁰³ Voir l'avis n° 1 du Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux en date du 10 avril 2003, « Appréciation, au regard des droits fondamentaux, portant sur la prise en compte des formes d'unions entre partenaires non mariés ainsi que des mariages entre personnes de même sexe dans la proposition modifiée de directive du Parlement 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 Etats membres », CFR-CDF.avis1-2003.

¹³⁰⁴ Point 10 de la directive.

de l'élaboration normative. Cette institution est en effet composée de fonctionnaires originaires également de tous les Etats membres. Au Conseil de l'Europe, la rédaction des textes est l'œuvre de comités d'experts, composés, en général, d'un membre au titre de chaque Etat partie, ou de comités restreints d'experts, dans lesquels seul un nombre limité d'Etats a la faculté de désigner des membres¹³⁰⁵. Ces comités d'experts élaborent un instrument au regard des observations formulées par les gouvernements. Le CJ-FA, comité d'experts sur le droit de la famille placé sous la directe autorité du CDCJ, a d'ailleurs participé à la rédaction de nombreux instruments juridiques dans les matières intéressant la question familiale¹³⁰⁶.

B. L'intervention des Etats membres au stade de l'adoption du droit européen supranational

361. Les Etats membres endossent également un rôle important à travers les institutions législatives européennes. Au Conseil de l'Europe, c'est le Comité des Ministres qui est dépositaire du pouvoir décisionnel¹³⁰⁷. Or, cette instance est composée d'un représentant de chacun des Etats membres. Il s'agit en principe du Ministre des affaires étrangères et, à défaut, l'un des membres de son gouvernement ou un diplomate expérimenté. En outre, avant de procéder à l'adoption du texte définitif, le Comité des Ministres sollicite désormais systématiquement l'avis de l'Assemblée parlementaire, laquelle représente directement l'ensemble de la population européenne. De ce fait, la confrontation des divers systèmes juridiques est inéluctable.

362. Au sein de l'Union européenne, le pouvoir de décision est détenu par le Conseil de l'Union européenne. Il est l'organe représentatif des Etats membres. Chaque gouvernement y délègue un de ses membres. Les traités constitutifs ont mis l'accent sur la participation des Etats membres à l'adoption des textes ayant trait à la matière familiale puisque l'unanimité est requise dans ce domaine¹³⁰⁸. Ce respect de la souveraineté nationale témoigne de l'intérêt porté aux sensibilités nationales dans les matières intimement liées aux traditions et cultures nationales et qui, de ce fait, sont jugées délicates eu égard au processus d'intégration de

¹³⁰⁵ F. Albanese, *article. préc.*, spéc. p. 395.

¹³⁰⁶ Voir *supra*, n° 44.

¹³⁰⁷ Art. 13 et 15 du Statut du Conseil de l'Europe.

¹³⁰⁸ Voir art. 81 § 3 TUE (anc. art. 65 TCE) aux termes duquel « Par dérogation au § 2, les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale. Celui-ci statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen ».

l'Union européenne. De plus, le Conseil est tenu en la matière de consulter au préalable le Parlement européen, qui précisément représente l'intérêt des citoyens européens.

§2. La place des ordres juridiques nationaux au stade de la mise en œuvre du droit européen supranational

363. Les ordres juridiques nationaux gardent une place importante au stade de la mise en œuvre du droit européen supranational à deux égards. D'une part, parce que l'effectivité du droit européen est parfois tributaire du système juridique des Etats membres (A). D'autre part, parce que les juridictions européennes ont recours à la méthode comparative aux fins d'interprétation du droit européen (B).

A. L'effectivité du droit européen supranational tributaire des systèmes juridiques nationaux

364. En droit de la famille, les autorités européennes du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne ont adopté toute une diversité d'instruments juridiques. L'effectivité de la majorité d'entre eux dépend du droit interne¹³⁰⁹. Par exemple, le sort des nombreuses recommandations et résolutions adoptées par les institutions législatives des deux organisations relève de la bonne volonté des Etats membres compte tenu de leur valeur non contraignante¹³¹⁰. Ces instruments relèvent de la « normativité douce »¹³¹¹. Ils orientent les Etats membres sans les lier. Parce que non contraignants, ils sont souvent qualifiés de « droit mou » ou plus précisément de « soft law »¹³¹² et corrélativement retiennent moins l'attention des juristes¹³¹³. Il ne faut pas, néanmoins, les négliger¹³¹⁴. Leur prise en compte par les autorités normatives nationales dans le cadre de leurs travaux législatifs témoigne de la

¹³⁰⁹ Voir dans ce sens F. Ost et M. van de Kerchove, De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ?, *R.I.E.J.* 2000. 44, pp. 1-82, spéc. p. 35.

¹³¹⁰ A. Limpens, Harmonisation des législations dans le cadre du Marché commun, *R.I.D.C.* 1967, p. 637.

¹³¹¹ J. Porta, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Thèse, Paris X, Nanterre, Fondation Varenne, 2007, n° 14.

¹³¹² M. Botne, « Soft Law » in den Europäischen Gemeinschaften ?, dans *Festschrift für H.J. Schlochauer*, 1981, p. 761.

¹³¹³ Voir dans ce sens G. de Vel et T. Markert, Importance and weaknesses of the Council of Europe conventions and of the recommendations addressed by the Committee of ministers to member States, dans B. Haller, H. C. Krüger et H. Petzold (Eds.), *Law in Greater Europe. Towards a Common Legal Area, Studies in Honour of Heinrich Klebes*, Kluwer Law International, 2000, pp. 345-353, spéc. p. 348.

¹³¹⁴ Voir dans ce sens F. Albanese, *article préc.*, spéc. p. 405.

contribution qu'ils apportent indirectement au rapprochement des droits internes¹³¹⁵. Aussi, on peut affirmer que même dénués de toute impérativité, ils demeurent incitatifs¹³¹⁶.

Du côté du Conseil de l'Europe, la recommandation est présentée comme une bonne alternative à la Convention¹³¹⁷ dans la mesure où elle entre en vigueur dès son adoption et s'adresse à tous les Etats membres du Conseil de l'Europe. Il est parfois même affirmé en son sein « qu'il vaut mieux, pour faire progresser l'Etat de droit, une bonne recommandation qu'une mauvaise convention »¹³¹⁸. Parce que les recommandations du Comité des Ministres reflètent une communauté de vue des gouvernements des Etats membres sur un sujet précis, elles bénéficient d'une autorité « morale »¹³¹⁹. Du côté de l'Union européenne, ces instruments permettent aux autorités normatives d'intervenir dans des domaines où elles n'ont pas de compétence. Faute de pouvoir légiférer de manière impérative, elles peuvent par ce biais faire connaître officiellement, auprès des Etats membres, leurs points de vue sur la question et leur suggérer quelques orientations. Quelle que soit l'autorité à l'origine de la recommandation ou de la résolution, celle-ci renvoie aux Etats membres la compétence pour légiférer et mettre en œuvre les souhaits formulés.

365. Les conventions européennes adoptées au sein du Conseil de l'Europe, quant à elles, demeurent lettre morte tant qu'elles n'ont pas été ratifiées par un nombre suffisant d'Etats signataires. En effet, l'adoption d'une Convention européenne par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe ne lui confère pas d'existence juridique. Elle ne l'acquiert qu'une fois signée puis éventuellement ratifiée, acceptée ou approuvée par un nombre défini d'Etats membres¹³²⁰. En d'autres termes, les Etats doivent exprimer leur consentement définitif à être

¹³¹⁵ F. Benoît-Rohmer et H. Klebes, *Le droit du Conseil de l'Europe : vers un espace juridique paneuropéen*, Conseil de l'Europe, 2005, spéc. p. 123.

¹³¹⁶ J. Porta, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Thèse, Paris X, Nanterre, Fondation Varenne, 2007, n°117. La valeur incitative des recommandations communautaires ressort clairement de la jurisprudence de la CJCE lorsque celle-ci déclare que les juges nationaux sont tenus de les prendre en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis notamment lorsque celles-ci éclairent leur mise en œuvre ou encore lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant dans son arrêt *Grimaldi* du 13 décembre 1989 (aff. 322/88, Rec., p. 4407). Voir également dans ce sens, P. Soldatos et G. Vandersanden, La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations nationales dans le cadre de la Communauté économique européenne, dans M. Waelbroeck (dir.), *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 1976, pp. 95-151, spéc. p. 98 et 101. Selon les auteurs, « l'absence de force obligatoire de la recommandation ne la prive pas d'effet juridique indirect ».

¹³¹⁷ G. de Vel et T. Markert, Importance and Weakness of the Council of Europe Convention and of the Recommendations addressed by the Committee of Ministers to Member States, *préc.*, p. 345.

¹³¹⁸ F. Benoît-Rohmer et H. Klebes, *Le droit du Conseil de l'Europe : vers un espace juridique paneuropéen*, op. cit., spéc. p. 123.

¹³¹⁹ F. Benoît-Rohmer et H. Klebes, *ibid.*, spéc. p. 125.

¹³²⁰ F. Benoît-Rohmer et H. Klebes, *ibid.*, spéc. p. 101.

lié par le traité. L'effectivité des conventions européennes nécessite dès lors « une activité nationale médiate »¹³²¹. De plus, les Etats membres ont la possibilité, conformément au droit international public, de formuler des réserves au moment de la signature. Celles-ci permettent aux Etats de contourner l'application d'une disposition qui constitue pour eux un obstacle à sa ratification.

366. Au sein de l'Union européenne, « la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens »¹³²². Elle n'a d'effet direct qu'à la condition d'avoir été transposée dans l'ordre juridique interne¹³²³. Aussi, la transposition de la directive « est une condition nécessaire au déploiement de tous les effets du texte européen »¹³²⁴. En outre, la mise en œuvre des règlements ayant trait au droit international privé de la famille relève de la compétence des juridictions des Etats membres. L'effectivité de ces textes dépend donc de leur connaissance et bonne application par les juridictions internes¹³²⁵.

367. Enfin, les textes européens reconnaissent parfois leur dépendance au droit interne, notamment lorsqu'une notion employée renvoie à la définition qu'en retient chacun des Etats membres. A titre d'exemple, l'article 12 de la Conv. ESDH¹³²⁶ et l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE¹³²⁷ renvoient explicitement aux lois nationales le soin de définir les conditions régissant l'exercice du droit au mariage. De même, la directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial renvoie aux Etats membres le

¹³²¹ F. Albanese, Directeur adjoint des Affaires juridiques du Conseil de l'Europe, *article préc.*, spéc. p. 392 et p. 401.

¹³²² Art. 288 TUE, (anc. art. 249 TCE).

¹³²³ C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., n° 757 et s., spéc. n° 685. Voir également D. Tallon, *Droit communautaire et droit comparé*, dans *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, T.II, Bruylant, 1972, pp. 943-956, spéc. p. 946. Selon l'auteur, « la directive se présente comme un moyen spécifiquement communautaire, reposant sur une collaboration entre l'ordre juridique communautaire, qui fixe impérativement aux Etats les buts à atteindre, et les ordres juridiques nationaux, qui prennent les mesures internes nécessaires ».

¹³²⁴ J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe*, op. cit., spéc. n° 692.

¹³²⁵ Voir J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, op. cit., spéc. n° 689. Selon les auteurs : « le droit européen livre un ensemble de règles qui nécessitent le plus souvent le recours à une procédure nationale. Dans cette hypothèse, le droit national intervient aux côtés du droit européen. Il joue un rôle absolument nécessaire de mise en œuvre : sans les droits nationaux, leur organisation juridictionnelle et l'ensemble des règles de procédure, le droit européen serait un droit figé, incapable de se mettre en mouvement en dehors des procédures proprement européennes ».

¹³²⁶ Ce texte dispose : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

¹³²⁷ Aux termes de ce texte, « le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ».

choix de l'étendue de la définition des membres de la famille bénéficiaires du regroupement familial¹³²⁸. Elle renvoie également au droit des Etats membres en ce qui concerne le contenu de la notion de conjoint et notamment en ce qui concerne l'extension de cette notion aux partenaires enregistrés¹³²⁹.

B. Le recours à la méthode comparative aux fins d'interprétation du droit européen par les juridictions européennes

368. Du fait de leur composition, les cours européennes subissent également l'influence des diverses traditions juridiques internes¹³³⁰. La comparaison des droits nationaux joue un rôle déterminant dans la mise en œuvre jurisprudentielle du droit européen¹³³¹. Cela se vérifie tant du côté de la Cour EDH (1) que du côté de la CJUE¹³³² (2).

1. La comparaison des droits nationaux dans la jurisprudence de la Cour EDH

369. « Le juge européen des droits de l'homme recourt [...] au droit comparé pour assurer l'actualisation de la Convention européenne et de ses protocoles »¹³³³. Conformément à son préambule, la Conv. ESDH trouve son fondement juridique dans le « patrimoine commun d'idéal et de tradition politique, de respect de la liberté et de prééminence du droit » des Etats membres¹³³⁴. C'est la raison pour laquelle la Cour EDH s'attache à vérifier l'existence d'une communauté de vue au sein des Etats membres avant de consacrer une nouvelle interprétation de la Convention et accorde ainsi tant d'importance à l'analyse des droits nationaux dans son raisonnement¹³³⁵.

¹³²⁸ Voir le considérant 10 et l'article 4 § 3 de la directive.

¹³²⁹ Voir l'art. 4 § 3 al. 2 selon lequel « les Etats membres peuvent décider que les partenaires enregistrés sont assimilés aux conjoints pour ce qui est du regroupement familial ».

¹³³⁰ J.-P. Costa, Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales, *R.T.D.H.*, 2004, pp. 101-110, spéc. p. 109.

¹³³¹ C. Hugon, Le regard du droit civil, dans O. Dubos et J.-P. Marguénaud (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, A. Pédone, 2007, pp. 93-101, spéc. p. 99 et s.

¹³³² J.-C. Bonichot, L'influence des droits nationaux sur l'élaboration de la norme jurisprudentielle communautaire, dans *Justice et cassation*, Dalloz, 2009, pp. 233-243.

¹³³³ O. Dord, Systèmes juridiques nationaux et cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité ?, *Pouvoirs, Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°96, 2001, pp. 5-18, spéc. p. 14.

¹³³⁴ H. Mosler, L'influence du droit national sur la Convention européenne des Droits de l'homme, dans *Miscellanea W.J. Ganshof van des Meersch*, Bruxelles, 1972, p.522 ; D. Evrigenis, Réflexions sur la dimension nationale de la Convention européenne des droits de l'homme, Colloque d'Athènes, septembre 1978, p.2.

¹³³⁵ W.J. Ganshof van der Meersch, juge à la Cour EDH, Le référence au droit interne des Etats contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *R.I.D.C.* 1980, pp. 317-335, spéc. p. 322. Selon les propos de l'auteur : « En réalité la Cour de Strasbourg, qui a la charge d'appliquer une convention largement issue de l'inspiration, sinon de la conjugaison des systèmes constitutionnels des Etats contractants, bien que juge

370. Le terme « incohérence »¹³³⁶ est souvent formulé à propos de la méthode empruntée par la Cour EDH pour statuer. Cette qualification n'est pas applicable à la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne les droits familiaux. Elle affiche en effet une certaine « ligne de conduite »¹³³⁷ qui témoigne du respect accordé aux particularismes nationaux dans une matière aussi concernée par les questions éthiques, morales et sociales et « aussi étroitement liée aux traditions culturelles et historiques de chaque société »¹³³⁸. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le recours à la technique d'interprétation comparative y est si fréquent. La Cour EDH use de la méthode comparative non seulement pour déterminer le champ d'application du droit au respect de la vie privée et familiale¹³³⁹ et du droit au mariage¹³⁴⁰, mais aussi pour évaluer l'amplitude de la marge d'appréciation des Etats contractants en ce qui concerne l'étendue des obligations inhérentes à ces droits et pesant sur eux¹³⁴¹. Lorsque la Cour EDH dégage une communauté de vue au sein des Etats contractants, la marge d'appréciation laissée aux Etats est restreinte¹³⁴² à un point tel que la Cour EDH consacre, sur le plan européen, la conception communément admise et l'impose corrélativement aux Etats réfractaires¹³⁴³. En droit de la famille, cela se vérifie particulièrement lorsque le principe de non discrimination est en cause. C'est notamment la progression convergente de la législation des Etats membres du Conseil de l'Europe vers l'égalité des filiations et l'égalité des sexes qui lui a permis de

international, ne saurait se borner à ne considérer le droit interne dont elle est obligée de prendre connaissance que comme un fait. Elle ne saurait prendre de décision sans approches comparatives sur le terrain du droit public interne, même lorsqu'elle ne s'y réfère pas explicitement dans l'arrêt ».

¹³³⁶ F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire et M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 5^e Ed., 2009, spéc. p. 83. Voir également F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2011, 10^e éd., p. 541 et s.

¹³³⁷ Expression empruntée à M. Delmas-Marty, *Raisonnement la raison d'état. Vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, 1989, spéc. p. 445.

¹³³⁸ Cour EDH, arrêt *F. c/ Suisse*, 18 déc. 1987, A. 128, § 33 : *J.D.I.*, 1988, 892, obs. P. Tavernier ; *GACEDH*, p. 78.

¹³³⁹ Voir par exemple l'arrêt *Schalk et Kopf*, préc.

¹³⁴⁰ Voir également l'arrêt *Schalk et Kopf*, préc. ; Voir F. Sudre, A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'Homme, *JCP. G.* 2001. I. 335, spéc. p.1366. L'auteur fait remarquer que le raisonnement de la Cour EDH s'opère en deux temps. Elle statue dans un premier temps sur l'applicabilité de la disposition prétendument violée puis dans un second temps sur le respect de la règle conventionnelle alors jugée applicable. D'aucuns ne contestera l'interprétation extensive du droit au respect de la vie privée et familiale par la Cour EDH.

¹³⁴¹ Voir l'arrêt *Rasmussen c/ Danemark*, Cour EDH, 28 novembre 1984, A. 87, §40 : *J.D.I.*, 1986, 1074, obs. P. Tavernier ; *GACEDH*, p. 81. La Cour précise : « l'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard ».

¹³⁴² F. Matscher, Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne, dans F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, pp. 15-40, spéc. p. 36.

¹³⁴³ Sur l'équivalence de l'interprétation consensuelle et de l'interprétation évolutive, voir F. Rigaux, *Interprétation consensuelle et interprétation évolutive*, dans F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 41-62, spéc. p. 45.

conclure dans les affaires *Marckx*¹³⁴⁴, *Mazurek* et *Burghartz* que « seules [...] de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage »¹³⁴⁵ ou « sur le sexe »¹³⁴⁶. Aussi, la présence d'un dénominateur commun implique-t-il un contrôle strict de la part de la Cour EDH sur le juste équilibre entre l'intérêt protégé par l'Etat contractant en cause et celui protégé par la Convention. C'est également le constat d'« une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels, mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés »¹³⁴⁷ qui a encouragé la Cour EDH à limiter la marge d'appréciation du Royaume-Uni jusqu'alors reconnue large et à condamner le système britannique refusant de procéder à une modification des données relative à l'Etat civil des personnes transsexuelles.

371. La Cour pose néanmoins une limite à l'interprétation extensive de la Conv. ESDH liée à la méthode consensuelle¹³⁴⁸. Elle fait en effet prévaloir la méthode de l'interprétation littérale sur l'interprétation comparative en refusant de consacrer un droit que l'évolution sociale commune suggère lorsque ce droit a été expressément exclu de la Convention au regard des travaux préparatoires de cette dernière¹³⁴⁹. L'arrêt *Johnston*¹³⁵⁰ illustre ce propos. Dans cette affaire, la Cour a constaté une évolution sociale et juridique commune des Etats contractants vers l'admission du droit au divorce. Néanmoins, bien que le droit irlandais interdisant le divorce semblât isolé au sein de l'Europe, la Cour a refusé de condamner son système juridique étant donné qu'au vu des travaux préparatoires à la Convention, les Etats avaient volontairement exclu ce droit. Si cette démarche de la Cour semble contradictoire avec son interprétation dynamique de la Convention, elle n'est pas pour autant critiquable puisqu'elle entend respecter la volonté initiale des Etats contractants et refuse de revêtir une fonction législative appartenant aux Etats membres du Conseil de l'Europe. L'opinion dissidente commune à sept juges relevée dans deux affaires ayant précédé de quelques mois l'arrêt *Johnston* permet de le supposer. En effet, dans les arrêts *Feldbrugge*¹³⁵¹ et

¹³⁴⁴ § 41 de l'arrêt *Marckx*, préc.

¹³⁴⁵ § 49 de l'arrêt *Mazurek*, préc.

¹³⁴⁶ § 27 de l'arrêt *Burghartz*, préc.

¹³⁴⁷ § 85 des arrêts *I. et Goodwin c/ Royaume-Uni*, préc.

¹³⁴⁸ J.-P. Marguénaud, *la Cour européenne des droits de l'Homme*, op. cit., spéc. p. 55.

¹³⁴⁹ M. Delmas-Marty, *Raisonnement la raison d'état. Vers une Europe des droits de l'homme*, op. cit., spéc. p. 422.

¹³⁵⁰ Cour EDH, arrêt *Johnston et al. c/ Irlande*, 18 déc. 1986, A. 112 : *AFDI*, 1987, 239, obs. V. Coussirat-Coustère ; *J.D.I.*, 1987, 812, obs. P. Rolland.

¹³⁵¹ Cour EDH, arrêt *Feldbrugge c/ Pays-Bas*, 25 mai 1986, A. 99.

*Deumeland*¹³⁵², l'opinion dissidente s'est exprimée dans ces termes¹³⁵³ : « une interprétation évolutive permet d'examiner à la lumière des conditions de vie actuelles des notions variables et changeantes déjà contenues dans la Convention ; en revanche, elle n'autorise pas à introduire dans la Convention des notions ou matières entièrement nouvelles car il s'agit là d'une fonction législative qui appartient aux Etats membres du Conseil de l'Europe »¹³⁵⁴.

372. A l'inverse, en l'absence d'« approche européenne uniforme »¹³⁵⁵, la Cour laisse aux Etats membres une ample marge d'appréciation et se refuse à procéder à une interprétation extensive de la Conv. ESDH¹³⁵⁶ en imposant une nouvelle obligation positive à la charge des Etats, telle que l'obligation de garantir la possibilité pour une femme ayant recours à la fécondation in vitro de se faire implanter un embryon¹³⁵⁷, d'accorder des droits parentaux aux transsexuels¹³⁵⁸, d'adopter des mesures autorisant le divorce et le remariage¹³⁵⁹ ou bien de garantir l'accès des détenus à l'insémination artificielle¹³⁶⁰. Elle adopte le même raisonnement lorsque le droit européen semble « traverser une phase de transition »¹³⁶¹. On peut faire ce constat d'une part, lorsqu'à partir d'une analyse comparative la Cour détecte une tendance normative convergente au sein des Etats contractants sans pour autant pouvoir déceler une nette majorité. Les arrêts *Rees*, *Cossey* puis *Sheffield et Horsham*¹³⁶², ayant trait au problème de la reconnaissance juridique du changement de sexe, permettent d'illustrer ce point de vue. Dans la première affaire, la cour constate qu'une pluralité d'Etats offre aux transsexuels la possibilité de changer leur état civil afin de l'adapter à leur nouvelle identité sexuelle tandis

¹³⁵² Cour EDH, arrêt *Deumeland c/ Allemagne*, 29 mai 1986, A. 100.

¹³⁵³ Voir § 24 de l'opinion dissidente commune à M. Ryssdal, Mme Bindschedler-Robert, M. Lagergren, M. Matscher, Sir Vincent Evans, M. Bernhardt et M. Gersing, juges dans les arrêts *Feldbrugge* et *Deumeland*. Les affaires concernaient la question du caractère civil ou non des droits relevant de la protection sociale tel le droit aux allocations d'assurance maladie pour la première et le droit à une pension complémentaire de veuve pour la seconde.

¹³⁵⁴ Voir dans ce sens M. Delmas-Marty, *Raisonnement la raison d'état. Vers une Europe des droits de l'homme*, op. cit., spéc. p. 444 et 445.

¹³⁵⁵ Arrêt *Evans c/ Royaume-Uni*, 10 avril 2007, § 78 : *R.D.S.S.* 2007, 810, note D. Roman ; *R.T.D. civ.* 2007, 295, obs. J.-P. Marguénaud, *GACEDH*, p. 26.

¹³⁵⁶ F. Rigaux, *Interprétation consensuelle et interprétation évolutive*, dans F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., spéc. p. 51. Selon l'auteur, « quand la Cour veut réfréner une interprétation évolutive, elle affirme sans démonstration que les Etats membres n'ont pas réglé de manière consensuelle un type de situation qui n'était guère prévisible au moment où la Convention a été conclue ».

¹³⁵⁷ Arrêt *Evans*, préc.

¹³⁵⁸ Arrêt *X, Y, Z c/ Royaume-Uni*, 22 avril 1997 : *D.* 1997, 582, note S. Grataloup ; *R.T.D. civ.* 1997, 1011, n° 4, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP. G. I.* 4071, étude S. Evain ; *R.T.D. civ.* 1998, 92, n° 18.

¹³⁵⁹ Arrêt *Johnston*, préc.

¹³⁶⁰ Arrêt *Dickson c/ Royaume-Uni*, 4 déc. 2007 : *Rev. sc. crim. Dr. pén. Comp.*, 2008, 160, chron. J.-P. Marguénaud ; *JCP, G.* 2008, I, 110, obs. F. Sudre.

¹³⁶¹ Arrêt *X, Y, Z*, § 44.

¹³⁶² Arrêt *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, *R.T.D.H.*, 1999, 646, note M. Levinet.

que d'autres ne l'admettent pas ou pas encore. Constatant ainsi une démarche commune encore trop timide, la Cour en déduit que le droit traverse en la matière une phase de transition, reconnaît une large marge d'appréciation aux Etats et enfin refuse d'imposer au Royaume-Uni le système juridique avancé d'autres Etats¹³⁶³. Corrélativement, la Cour s'est attachée dans les affaires postérieures à analyser l'évolution des droits nationaux en la matière et à souligner la nécessité d'un examen permanent¹³⁶⁴.

373. D'autre part, elle adopte également une telle démarche lorsqu'alors même qu'elle constate une conception commune aux Etats membres, l'étude comparative lui permet de dégager au sein de certains Etats membres une évolution en cours qui tend à remettre en cause le consensualisme initial¹³⁶⁵. L'affaire *Odièvre*¹³⁶⁶ permet de le vérifier¹³⁶⁷. En effet, si dans un premier temps la cour constate que la plupart des pays européens ne connaissent pas de législation comparable à celle de la France en ce qui concerne l'accouchement sous X, elle note ensuite une évolution dans la pratique de certains Etats vers une acceptation de l'accouchement discret et souligne qu'une telle évolution est envisagée dans d'autres Etats. Aussi, constatant que la question complexe et délicate soulevée par le secret des origines semble débattue au sein d'un nombre croissant d'Etats contractants, la Cour, dans l'incertitude de l'évolution du droit au sein de l'Europe, a préféré laissé une large marge d'appréciation à l'Etat français¹³⁶⁸.

374. Dans ces hypothèses, la Cour juge les Etats membres plus aptes à prendre les mesures propres à assurer la protection des droits garantis par la Convention. Selon la Cour, « grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique. En pareil cas, la Cour respecte généralement le choix politique du législateur, à moins qu'il ait un fondement manifestement déraisonnable »¹³⁶⁹. Si le juge européen adopte ainsi une attitude prudente c'est précisément parce que le plus souvent ces divergences

¹³⁶³ § 37 et 42 de l'arrêt *Rees c/ Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, A. 106 :*J.D.I.*, 1987, 796, chron. P. Rolland.

¹³⁶⁴ § 42 de l'arrêt *Cossey c/ Royaume-Uni*, 27 sept. 1990, A. 184.

¹³⁶⁵ Voir dans ce sens P. Mahoney, *The Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights : Reference Back to National Law*, dans G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve (Eds), *Comparative Law before the Courts, British Institute of International and Comparative Law*, 2004, pp. 135-150, spéc. p. 148. Voir également V. Bonnet, *L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme* (à propos de l'arrêt *Odièvre c. la France* du 13 février 2003), *R.T.D.H.*, 2004, n° 58, pp. 405-421, spéc. p. 417 et 418.

¹³⁶⁶ Arrêt *Odièvre c/ France*, 13 févr. 2003, arrêt préc.

¹³⁶⁷ *GACEDH*, p. 26.

¹³⁶⁸ Voir point 47 et 49 de l'arrêt *Odièvre*.

¹³⁶⁹ Arrêt *Dickson c/ Royaume-Uni*, § 78, préc.

concernent des questions délicates d'ordre éthique, moral et social. Les affaires ayant trait à la reconnaissance juridique du transsexualisme et à l'octroi de droits parentaux aux personnes transsexuelles permettent d'en témoigner. Dans l'arrêt *Sheffield et Horsham*, la Cour a notamment refusé de s'écarter de ses arrêts *Rees* et *Cossey*, après avoir constaté que le transsexualisme soulevait encore des « questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les Etats contractants »¹³⁷⁰. C'est d'ailleurs le même argument que la Cour a développé dans l'affaire *X, Y, Z* lorsqu'elle a refusé d'interpréter l'article 8 de la Conv. ESDH comme impliquant pour l'Etat défendeur l'obligation de reconnaître officiellement comme père d'un enfant une personne transsexuelle qui n'est pas le père biologique¹³⁷¹. L'arrêt *Fretté*¹³⁷² figure également parmi les arrêts les plus expressifs en ce qui concerne le respect manifesté par la Cour à l'égard des particularismes nationaux sur les questions de société délicates. Faute de consensus sur l'ouverture possible de l'adoption à une personne célibataire homosexuelle, la Cour a expressément manifesté son refus « de se substituer aux autorités nationales pour trancher de manière univoque une controverse aussi délicate et imposer une solution unique »¹³⁷³. Et c'est parce qu'elles sont « en prise directe et permanente avec les forces vitales de leur pays, les autorités nationales sont en principe mieux placées qu'une juridiction internationale pour évaluer les sensibilités et les contextes locaux »¹³⁷⁴. Il faut noter que même si en l'absence de démarche commune les Etats disposent d'une large marge d'appréciation, cette dernière n'est pas illimitée puisqu'elle doit être proportionnée au but recherché¹³⁷⁵. La Cour ne manque d'ailleurs pas de condamner l'Etat lorsqu'elle estime que l'atteinte au droit garanti par la Convention est disproportionnée par rapport au but recherché¹³⁷⁶.

375. L'analyse des droits nationaux joue un rôle important dans le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme puisqu'elle sert également parfois à justifier un revirement de jurisprudence ou une divergence de jurisprudence entre un pays et un autre. La Cour ne se contente pas du droit positif des Etats contractants, elle accorde tout autant d'importance aux projets de réforme entrepris. C'est notamment la différence des systèmes juridiques

¹³⁷⁰ Voir § 58 de l'arrêt *Sheffield et Horsham*.

¹³⁷¹ Voir § 52 de l'arrêt *X, Y, Z*.

¹³⁷² Arrêt *Fretté c/ France*, 26 févr. 2002 : *JCP*, G, 2002, II, 10074, note A. Gouttenoire et F. Sudre.

¹³⁷³ § 36 de l'arrêt *Fretté*.

¹³⁷⁴ § 41 de l'arrêt *Fretté*.

¹³⁷⁵ P. Lambert, Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité, dans F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 63-89, spéc. p. 83.

¹³⁷⁶ Arrêt *Mikulic c/ Croatie*, 7 févr. 2002 : *JCP*, G, 2002, I, 157, n° 13, chron. F. Sudre. Arrêt *F. c/ Suisse*, préc. et Arrêt *Kearns c/ France*, 10 janv. 2008, *R.J.P.F.*, 2008, n°4, p. 23, obs. Th. Garé ; *R.T.D. civ.* 2008, 254.

britanniques et français en ce qui concerne la mention du sexe sur les documents officiels¹³⁷⁷ qui a conduit la Cour EDH à condamner la France en jugeant que le défaut de reconnaissance juridique du changement de sexe des personnes transsexuelles portait atteinte au respect de leur vie privée¹³⁷⁸. Il faut en effet rappeler que la Cour avait précédemment jugé à deux reprises¹³⁷⁹ le système anglais compatible avec l'article 8 de la Conv. ESDH alors même qu'il empêchait également tout changement d'état civil des personnes transsexuelles. Pour rester sur la question du transsexualisme, c'est notamment l'évolution du droit anglais en matière de modification des registres d'état civil qui a été pris en compte par la Cour EDH pour renverser la solution précédemment retenue et finalement condamner le Royaume-Uni dans l'arrêt *Goodwin*. Elle a notamment fait remarquer qu'au vu des propositions récemment formulées par le gouvernement britannique et de la jurisprudence anglaise, les difficultés liées aux modifications du système d'enregistrement des naissances n'étaient plus aussi insurmontables qu'elles ne l'apparaissaient en 1986¹³⁸⁰. Aussi, l'évolution de la jurisprudence de la Cour EDH ne résulte pas exclusivement du constat d'un consensus européen, mais coïncide également parfois avec une évolution projetée par l'Etat en cause, laquelle conforte sa position.

376. L'arrêt *Marckx* permet de le confirmer. En effet, outre la mise en exergue d'une démarche commune européenne, la Cour a souligné qu'une évolution du droit belge vers une égalité des filiations était déjà envisagée dans un projet de loi du gouvernement belge¹³⁸¹. On peut faire le même constat dans l'arrêt *Mazurek*. La Cour a non seulement constaté un consensus européen, mais elle a également fait état de l'évolution progressive du droit français vers l'égalité des filiations et a notamment relevé les nombreux rapports établis par les institutions françaises en faveur de cette égalité¹³⁸². Ainsi, lorsque la Cour envisage de consacrer au niveau européen une évolution constatée dans une majorité de pays contractants, le constat embryonnaire d'une évolution des idées dans un sens convergent avec cette majorité au sein de l'Etat en cause lui permet de légitimer sa jurisprudence extensive, surtout dans des domaines aussi liés aux traditions nationales. On pourrait donc en déduire une conduite régulière de la Cour en ce qui concerne les droits familiaux. Néanmoins, la

¹³⁷⁷ § 51 de l'arrêt *B*.

¹³⁷⁸ Arrêt *B. c/ France*, 25 mars 1992, A. 232-C, préc.

¹³⁷⁹ Il s'agit des arrêts *Rees* et *Cossey*.

¹³⁸⁰ Voir § 88, 91 et 92.

¹³⁸¹ § 41 de l'arrêt *Marckx*.

¹³⁸² § 52 de l'arrêt *Mazurek*.

formulation de l'arrêt *Goodwin* pourrait semer le doute puisque la Cour semble avoir consacré au niveau européen le droit au mariage des personnes transsexuelles dont l'état civil a été juridiquement modifié sans avoir, ni constaté le moindre consensus européen sur la question, ni même relevé une évolution dans ce sens dans les travaux des institutions normatives britanniques¹³⁸³. Cette jurisprudence audacieuse de la Cour tranche catégoriquement avec sa jurisprudence antérieure puisqu'il faut rappeler que dans l'arrêt *F. c/ Suisse*, la Cour avait adopté une position assez prudente en énonçant que le fait que la Suisse occupe une situation isolée au sein de l'Europe en ce qui concerne le délai d'attente pour pouvoir se marier à la suite d'un divorce n'implique pas forcément une violation de l'article 12 de la Conv. ESDH, « surtout dans un domaine - le mariage - aussi étroitement lié aux traditions culturelles et historiques de chaque société et aux conceptions profondes de celles-ci sur la cellule familiale »¹³⁸⁴. Il faut d'ailleurs relever une nouvelle fois, que la Cour a conclu dans cette affaire à la violation dudit article après avoir souligné qu'une évolution semblable aux autres Etats membres était envisagée par les autorités normatives. Si dans l'arrêt *Goodwin* la Cour a dérogé à sa ligne de conduite, c'est sans doute parce que la reconnaissance juridique du changement de sexe permet en tout état de cause à la personne transsexuelle de répondre à la condition d'altérité des sexes dès lors qu'elle entend se marier avec une personne de sexe opposé à celui qu'elle vient juridiquement de se faire reconnaître. C'est sans doute ce qu'il faut comprendre lorsqu'elle affirme que « la cour ne voit aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier »¹³⁸⁵. En effet, si elle a affirmé que le droit de se marier doit être reconnu concomitamment à la reconnaissance de la nouvelle identité de la personne transsexuelle, c'est parce qu'elle entend tirer les conséquences logiques de la modification de l'état civil de cette personne¹³⁸⁶.

2. La méthode comparative dans la jurisprudence de la CJUE

377. On a pu relever de manière générale que la CJUE avait également recours à l'interprétation comparative du droit de l'Union européenne¹³⁸⁷, particulièrement lorsqu'il s'agit d'en combler les lacunes. Initialement attachée à assurer l'autonomie et la suprématie

¹³⁸³ Voir point 103 de l'arrêt *Goodwin*.

¹³⁸⁴ Voir § 33 de l'arrêt *F. c/ Suisse*.

¹³⁸⁵ § 103 de l'arrêt *Goodwin*.

¹³⁸⁶ Voir § 64 de l'arrêt *L. c/ Lituanie*, 11 sept. 2007 : *R.T.D. civ.* 2007, 737, chron. J.-P. Marguénaud.

¹³⁸⁷ Selon les propos de J. Mertens de Wilmars, ancien président de la CJCE, « le recours au droit comparé est, pour la Cour de justice, essentiellement une méthode d'interprétation du droit communautaire », dans *Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, *J.T.* 1991, n° 5575, pp. 37-40, spéc. p. 37.

du droit de l'Union européenne, la CJUE n'avait pas recours à la méthode comparative dans les affaires dont elle était saisie¹³⁸⁸. Sa méthode de l'exégèse littérale ne laissait guère de place à l'inspiration d'ordre national¹³⁸⁹. L'extension du champ d'intervention du droit de l'Union européenne a contraint la CJUE à changer de technique. La logique intégrative ayant pris le pas sur toute idée d'uniformisation, la juridiction luxembourgeoise a désormais plus volontiers recours à la méthode comparative¹³⁹⁰. D'aucuns ne contestent que le droit de l'Union s'intéresse désormais à des matières touchant de près aux traditions nationales telles que le droit de la famille. Pour ne pas heurter les sensibilités nationales, les institutions et notamment la CJUE se doivent de tenir compte des conceptions internes des Etats membres afin, d'une part, de construire un droit en phase avec l'évolution des droits nationaux et, d'autre part, d'assurer l'« efficacité »¹³⁹¹ du droit de l'Union européenne. Un droit supranational construit dans le respect des ordres juridiques nationaux est d'autant mieux accueilli par ces derniers¹³⁹². Aussi, la prise en compte des droits nationaux dans la construction jurisprudentielle du droit de l'Union européenne favorise l'intégration¹³⁹³. Un ancien juge à la Cour constitutionnelle allemande a parfaitement illustré cette idée en déclarant que « la loi européenne perdrait ses racines et sa force si elle devenait autonome et

¹³⁸⁸ Voir dans ce sens M. Hilf, The role of comparative law in the jurisprudence of the court of justice of the european communities, dans A. de Mestral, S. Birks, M. Bothe, I. Cotler, D. Klinck, A. Morel (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Les éditions Yvon Blais Inc., 1986, pp. 549-574, spéc. p. 550 et 551.

¹³⁸⁹ J. Rivero, Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, *Ann. Fr. dr. Inter.*, vol. 4, 1958, pp. 295-308, spéc. p. 301.

¹³⁹⁰ Sur le lien entre le processus d'intégration caractérisant la construction communautaire et la démarche comparative de la CJCE, voir G. Benos, The Practical Debt of Community Law to Comparative Law, *Revue hellénique de droit international*, 1984, pp. 241-254, spéc. p. 251 et s. ; Voir également M. Hilf, The role of comparative law in the jurisprudence of the court of justice of the european communities, *op. cit.*, spéc. p. 558 et 568.

¹³⁹¹ P. Singer et J.-C. Engel, L'importance de la recherche comparative pour la justice communautaire. L'institutionnalisation d'une véritable démarche jurisprudentielle au cœur même de la juridiction communautaire, art. préc., spéc. p. 503 et 504. Selon les auteurs, alors respectivement Chef de division au Service Recherche et documentation de la CJCE et Lecteur d'arrêts près le cabinet de M. le Président du Tribunal de première instance des Communautés européennes, Ancien membre du Service de Recherche et documentation, la recherche comparative dans la jurisprudence communautaire est « un gage d'efficacité du droit communautaire » puisqu'en tenant compte des principes et conceptions communs aux droits des Etats membres, la CJCE dote le droit communautaire « des qualités requises pour se fondre dans les ordres juridiques nationaux et être d'autant plus aisément appliqué par les juridictions nationales qui en sont juges de droit commun ».

¹³⁹² Pour reprendre les propos de P. Singer et J.-C. Engel, le fait d'appréhender une question communautaire au regard des droits nationaux réduit « le risque de rejet du greffon communautaire », dans art. préc., spéc. p. 498.

¹³⁹³ D. Simon, *La légitimité du juge communautaire*, intervention lors du colloque sur « l'office du juge », organisé par le Sénat français les 29 et 30 septembre 2006. Consultable sur http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge42.html

séparée des Etats membres, alors qu'elle gagnerait une identité en tissant des relations étroites avec les constitutions de ces Etats »¹³⁹⁴.

378. S'il est vrai que les arrêts de la CJUE ne portent pas systématiquement la marque d'une analyse comparative¹³⁹⁵, il n'empêche qu'elle imprègne constamment la technique juridique de la Cour¹³⁹⁶. Sa composition multinationale¹³⁹⁷ permet de l'affirmer, mais d'autres indices en témoignent également. Les particuliers ou Etats membres concernés par l'affaire développent parfois des arguments liés à la conception de leur système juridique, de même que les différents gouvernements intervenants. En outre, les conclusions des avocats généraux sont riches en développements comparatifs¹³⁹⁸. Ainsi, alors même que les arrêts de la CJUE n'y font pas formellement allusion, les éléments de droit comparé inclus dans les débats guident accessoirement le juge luxembourgeoise dans le choix de sa solution¹³⁹⁹. L'arrêt *K.B.*¹⁴⁰⁰ permet d'en faire état. Si, pour admettre que le droit de l'Union européenne s'oppose, en principe, aux législations nationales refusant de reconnaître juridiquement le changement de sexe des personnes transsexuelles et refusant corrélativement d'admettre le mariage transsexuel, la CJCE n'a pas relevé expressément l'existence d'une communauté de vue au

¹³⁹⁴ P. Kirchhof, The balance of powers between national and european institutions, *E. L. J.* sept. 1999, vol. 5, n°3, pp. 225-242, spéc. p. 227 et 228.

¹³⁹⁵ P. Pescatore, Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres, *R.I.D.C.* 1980, pp. 337-359. Voir également J. Mertens de Wilmars, Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, *art. préc.*, spéc. p. 37. Selon l'auteur, ancien juge de la CJCE, l'interprétation comparative et l'interprétation systématique et téléologique occupent « une place de choix » au sein de ses méthodes de travail. Le recours au droit comparé « est quasi constamment [présent] dans le processus d'élaboration des arrêts de la Cour sans pour autant affleurer fréquemment dans le texte de ceux-ci ».

¹³⁹⁶ M. Hilf n'a d'ailleurs pas hésité à qualifier la CJCE de « laboratoire de droit comparé », dans *The role of comparative law in the jurisprudence of the court of justice of the european communities*, *op. cit.*, spéc. p. 550.

¹³⁹⁷ K. Lenaertz, Le droit comparé dans le travail du juge communautaire, dans F.-R. van der Mensbrugge (éd.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, *op. cit.*, pp. 111-168, spéc. p. 115. L'auteur écrit : « Institution internationale, le juridiction communautaire a par essence, vocation à faire œuvre comparative ».

¹³⁹⁸ Voir préface de F.-R. van der Mensbrugge, dans *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Travaux de la faculté de Namur, Presses universitaires de Namur, Belgique, 2003, spéc. p. 2.

¹³⁹⁹ Voir dans ce sens K. Lenaertz, Le droit comparé dans le travail du juge communautaire, dans F.-R. van der Mensbrugge (éd.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, *op. cit.*, pp. 111-168, spéc. p. 117 et 118 ou *R.T.D. eur.*, 2001, pp. 487-528, spéc. p. 492. Selon les propos de l'auteur, « chaque délibéré est (...) l'occasion d'un brassage, souvent indicible, mais bien réel, des mentalités, des cultures et des constructions juridiques propres à chaque Etat membre et cela, en raison tant de la nature des litiges traités que de la « multinationnalité » des juges qui sont appelés à les résoudre ». Pour une traduction en anglais de cet article, voir K. Lenaerts, *Interlocking Legal Orders or the European Union Variant of E Pluribus Unum*, dans G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve (Ed.), *Comparative Law before the Courts*, British Institute of International and Comparative Law, 2004, pp. 99-134.

¹⁴⁰⁰ CJCE, arrêt *K.B./ National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, aff. C-117/01, Rec. 2004, p. I-00541 : *RJS*, 2004, p. 263-265, J. Ph. Lhernould ; *A.J.D.A.*, 2004, p. 321, J.-M. Belorgey ; *D.* 2004, jur., p. 979-983, Ph. Icard ; *Europe*, 2004, comm., n° 75, p. 19 ; *RTDciv.*, 2004, p. 266-267 ; *RTDciv.* 2004, p. 373-375, J.-P. Marguénaud et J. Raynard ; *Actual. Jur. Fonc. Publ.*, 2004, p. 199-200, J.-P. Didier.

sein des Etats membres en la matière, il convient de noter que l'avocat général l'avait clairement exposé dans le cadre de ses conclusions¹⁴⁰¹. Celui-ci en effet, après avoir souligné l'intérêt primordial d'une telle analyse comparative¹⁴⁰², a relevé une « acceptation globale du mariage des transsexuels conformément à leur nouveau sexe »¹⁴⁰³ dans treize des quinze Etats membres de l'époque et en a déduit que le droit au mariage des transsexuels faisait partie du patrimoine juridique commun¹⁴⁰⁴. Enfin, la CJUE a pris pour habitude de solliciter auprès de son service de documentation et de recherche des analyses de droit comparé¹⁴⁰⁵. L'abondance de cette pratique a conduit certains auteurs à conclure à « l'institutionnalisation de la recherche comparative au cœur de la juridiction communautaire »¹⁴⁰⁶. Les notes de recherche établies par ce service permettent à la CJUE de disposer d'« une image actualisée de chaque droit positif »¹⁴⁰⁷. Rédigées par une équipe d'administrateurs, juristes, appartenant aux divers systèmes juridiques examinés, elles se composent en effet d'un ensemble de contributions nationales relatant l'état juridique interne de la question posée ainsi que d'une synthèse établie par le coordonnateur. Aussi peut-on affirmer que « la prise en considération de ces droits [nationaux] constitue un élément-clé tant de l'argumentation des parties que du raisonnement des juges »¹⁴⁰⁸ luxembourgeois.

379. Par ailleurs, il est souvent fait état de l'usage du droit comparé par la CJUE en vue soit de dégager un fonds commun des droits nationaux susceptible de constituer la norme européenne, appelée technique du dénominateur commun, soit de dégager la construction juridique nationale la mieux adaptée aux impératifs du droit de l'Union européenne, dénommée technique du « picorage »¹⁴⁰⁹ ou bien méthode de comparaison sélective. Si la CJUE fait usage de la première lorsqu'est en cause une notion du droit de la famille, elle n'a pas encore retenu la seconde. La notion de conjoint peut-être prise pour exemple. Cette notion

¹⁴⁰¹ Conclusions de l'avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, présentée le 10 juin 2003 dans l'affaire C- 117/01.

¹⁴⁰² Voir point 27 des conclusions.

¹⁴⁰³ Point 28 des conclusions.

¹⁴⁰⁴ Point 67 des conclusions.

¹⁴⁰⁵ Y. Galmot, Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des Communautés européennes, *Rev. fr. Droit adm.* 1990, pp. 255-262, spéc. p. 260.

¹⁴⁰⁶ P. Singer et J.-C. Engel, L'importance de la recherche comparative pour la justice communautaire. L'institutionnalisation d'une véritable démarche jurisprudentielle au cœur même de la juridiction communautaire, *art. préc.*, spéc. p. 508.

¹⁴⁰⁷ P. Singer et J.-C. Engel, *ibidem*, spéc. p. 510.

¹⁴⁰⁸ H. Chanteloup, La prise en considération du droit national par le juge communautaire. Contribution à la comparaison des méthodes et solutions du droit communautaire et du droit international privé, *R.C.D.I.P.* 2007, pp. 539-572, spéc. p. 541.

¹⁴⁰⁹ J. Mertens de Wilmars, Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, *art. préc.*, spéc. p. 39.

se retrouve tant dans le statut des fonctionnaires de l'Union européenne que dans les textes relatifs au regroupement familial sans que ces normes en précisent la définition. L'absence de définition et de tout renvoi au droit des Etats membres a soulevé un certain nombre de questions devant la CJUE et notamment celle de l'assimilation du partenaire enregistré ou du concubin au conjoint marié. Pour y répondre, la CJUE s'est référée aux droits des Etats membres¹⁴¹⁰. Faute d'un consensus dans l'Union sur l'éventuelle assimilation de partenaires non mariés aux époux, la CJUE refuse d'étendre le champ d'application des normes européennes concernant les couples mariés aux couples non mariés. Elle renvoie cette compétence aux autorités normatives de l'Union européenne¹⁴¹¹. Les arrêts *Reed*¹⁴¹², *Grant*¹⁴¹³, *D. et Royaume de Suède*¹⁴¹⁴ permettent de le relever¹⁴¹⁵. Dans la première et la dernière affaire la Cour était interrogée sur la possible extension de la notion de conjoint ou de fonctionnaire marié au partenaire. Après avoir précisé « qu'une interprétation de notions juridiques fondées sur l'évolution de la société [devait] se faire par un examen de la situation dans l'ensemble de la Communauté, et non pas de celle d'un seul Etat membre »¹⁴¹⁶, compte tenu de la portée générale du texte en cause¹⁴¹⁷, et constaté la disparité des règles nationales en matière d'assimilation du partenariat enregistré au mariage¹⁴¹⁸, s'est opposée à élever au rang du droit de l'Union européenne une solution minoritaire.

Dans la deuxième affaire, la CJCE a apprécié si la situation d'un fonctionnaire ayant fait enregistrer un partenariat entre personne de même sexe était comparable à celle d'un fonctionnaire marié. Pour y procéder, la cour a souligné qu'elle « ne saurait faire abstraction des conceptions prévalant dans l'ensemble de la Communauté »¹⁴¹⁹. Enfin, constatant une grande hétérogénéité des législations et une absence générale d'assimilation entre le mariage,

¹⁴¹⁰ L. Idot, Droit communautaire et droit comparé : brèves observations sur une rencontre indispensable, dans *Les sources du droit. Aspects contemporains*, op. cit., pp. 281-296, spéc. p. 287.

¹⁴¹¹ Point 15 de l'arrêt *Reed* et point 38 de l'arrêt *D. et Royaume de Suède*.

¹⁴¹² CJCE, Arrêt *Etat néerlandais c/ Ann Florence Reed*, 17 avr. 1986, aff. 59/85, Rec. p. I-1283 : *J.D.I.*, 1987, p. 434-435, M.-C. Boutard-Labarde.

¹⁴¹³ CJCE, Arrêt *Lisa Jacqueline Grant c/ South West Trains Ltd*, aff. C-249/96, 17 févr. 1998, Rec. p. I-00621 : *Europe*, 1998, comm. n° 123, p. 13-14 et comm. n° 132, p. 16, F. Berrod ; *Journal des Tribunaux*, 1998, p. 66-69, A. Weyembergh ; *RJS*, 1998, p. 506-507 ; *Dr. social*, 1998, p. 1034-1039, K. Berthou et A. Masselot ; *D.* 1998, somm., p. 372-374, J. Rideau ; *Rev. Marché. Unique eur.*, 1998, n° 2, p. 254-257, P. Cabral ; *RTDciv.* 1998, p. 529-532, J. Raynard.

¹⁴¹⁴ CJCE, Arrêt *D. et Royaume de Suède c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. J.T.es C-122/99 P et C-125/99 P, Rec., p. I-04319 : *Europe*, 2001, comm. n° 213, D. Simon ; *A.J.D.A.*, 2001, p. 943-944, J.-M. Belorgey et S. Gervasoni, C. Lambert ; *D.* 2001, jur., p. 3381-3386, C. Nourissat et A. Devers ; *cah. dr. eur.*, 2002, p. 679-694, K. Berthou et A. masselot ; *RTDciv.* 2002, p. 76-77, J. Hauser ; *R.T.D.H.*, 2002, p. 663-664, Ch. Maubernard.

¹⁴¹⁵ Voir K. Lenaerts, Le droit comparé dans le travail du juge communautaire, *art. préc.*, spéc. p. 148 et s.

¹⁴¹⁶ Voir point 13 de l'arrêt *Reed*.

¹⁴¹⁷ Le règlement n° 1612/68 était visé ici pour l'espèce.

¹⁴¹⁸ Voir point 15 de l'arrêt *Reed* et point 32 de l'arrêt *Grant*.

¹⁴¹⁹ Voir point 49 de l'arrêt *D. et Royaume de Suède*.

d'une part, et les autres formes d'union légale, d'autre part, la Cour a refusé d'inclure dans la notion statutaire de « fonctionnaire marié » des personnes soumises à un régime de droit distinct du mariage¹⁴²⁰.

380. En résumé, lorsqu'elle touche à une notion du droit de la famille, la CJUE s'attache à vérifier l'état de la question dans les Etats membres et se refuse à généraliser une conception en vigueur dans un nombre limité de ces Etats. Elle tolère néanmoins l'extension du bénéfice du statut de conjoint aux partenaires non mariés lorsque l'ordre juridique de l'Etat membre en cause assimile le partenaire à l'époux pour l'avantage dont il est question. L'arrêt *Maruko*¹⁴²¹ permet de l'affirmer. Dans cette affaire, la CJCE est une nouvelle fois saisie, à titre préjudiciel, de la question de l'assimilation du partenaire enregistré au conjoint en ce qui concerne l'attribution d'une prestation de survie. La CJCE a jugé que le régime d'assurance vieillesse limitant le bénéfice de la prestation de survie au conjoint marié était discriminatoire au sens de la directive 2000/78. Pour aboutir à cette conclusion, la Cour a attentivement analysé la situation en droit allemand des partenaires enregistrés au regard de la prestation sociale en cause. Elle a en effet relevé que la loi allemande du 15 décembre 2004 a contribué au rapprochement progressif du régime juridique du partenariat enregistré à celui du mariage en apportant notamment des modifications au Code de la sécurité sociale conduisant à un traitement similaire des deux régimes juridiques en ce qui concerne l'octroi de la pension de veuf¹⁴²². Et parce que la prestation de survie revendiquée, en l'espèce, a une nature proche de celle de la pension de veuf, la CJCE, procédant par analogie, a jugé le régime en cause discriminatoire à raison de l'orientation sexuelle. On peut ainsi dire que l'étude du droit allemand a été déterminante dans le prononcé de la décision du juge luxembourgeois. Il ne s'agit pas d'une jurisprudence isolée, puisque la CJUE a, plus récemment, reconduit ce raisonnement dans l'arrêt *Römer* du 10 mai 2011¹⁴²³ pour l'appliquer à la pension complémentaire de retraite.

381. Elle admet donc une possible extension des avantages accordés aux conjoints mariés de manière casuistique, c'est-à-dire en fonction de l'Etat membre en cause et au regard de

¹⁴²⁰ Voir points 39 et 50 de l'arrêt *D. et Royaume de Suède*.

¹⁴²¹ CJCE, Arrêt *Tadao Maruko*, aff. C-267/06, Rec., p. I-01757 : *Dr. soc.*, 2008, p. 712-716, J.-P. Lhernould ; *A.J.D.A.*, 2008, p. 872-873 ; *Europe*, 2008, comm. n° 150, p. 13, L. Driguez ; *D.* 2008, p. 1873-1876, C. Weisse-Marchal ; *JCP, soc.*, 2008, n° 1416, p. 39-41, J. Cavallini.

¹⁴²² Voir point 68 de l'arrêt *Maruko*.

¹⁴²³ CJUE, arrêt *Römer*, 10 mai 2011, aff. C-147/08, préc.

l'avantage sollicité. Elle respecte l'évolution juridique de l'Etat membre en cause puisqu'elle prend acte du choix opéré par le droit national afin d'assurer un degré de protection juridique comparable à celui dont les ressortissants de l'Union européenne bénéficient sous leur propre système juridique national. Aussi, si la Cour de justice se refuse d'aller au-delà de ce que les Etats membres ont prévu, elle s'abstient également à aller en deçà. Il résulte en effet de ce qui précède qu'elle n'est pas opposée à une interprétation évolutive du droit de l'Union européenne au regard du droit des Etats membres, mais se refuse à l'imposer aux Etats ne l'ayant pas encore validée et ainsi se refuse à bouleverser l'ordonnement juridique des Etats réfractaires à une telle évolution. Cela témoigne du respect accordé par la CJUE aux divers ordres juridiques des Etats membres et de sa volonté de préserver la compétence exclusive de ceux-ci en droit de la famille.

382. L'absence de recours à la méthode sélective en la matière confirme ces propos. L'occasion s'était pourtant présentée à la Cour dans le cadre de l'affaire *D. et Royaume de Suède*. En effet, M. D. avait soutenu à l'appui de son pourvoi que la discrimination dont il faisait l'objet constituait une entrave à l'exercice de la liberté de circulation des travailleurs. Déclarant ce moyen irrecevable car nouveau, la CJCE n'a pu statuer sur ce point. Il aurait pourtant été intéressant de connaître sa position. L'argument développé par le requérant ne manquait pas de pertinence. Il ne fait aucun doute que le traitement différencié dont ferait l'objet les partenaires enregistrés au sein des Etats membres d'accueil refusant d'assimiler le partenariat au mariage et, corrélativement, le fait de perdre le statut qui leur est accordé par l'Etat membre d'origine, les dissuaderaient à exercer leur droit à la libre circulation¹⁴²⁴. Si le moyen avait été recevable, il eut été possible que la Cour juge l'absence d'assimilation des partenaires aux conjoints mariés comme incompatible avec les objectifs de la Communauté, admette en tant que principe de l'Union européenne la règle de l'assimilation et procède ainsi indirectement à une méthode sélective. La propension de la CJCE à étendre le champ d'intervention du droit de l'Union européenne afin d'assurer la protection du droit fondamental à l'exercice de la libre circulation des citoyens européens, précisément en ce qui concerne le nom de famille¹⁴²⁵, permet de le supposer. Cette irrecevabilité est arrivée à point

¹⁴²⁴ Le réseau U.E. d'experts indépendants en droits fondamentaux (CFR-CDF) a évoqué cette difficulté dans son rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2003, janv. 2004, CFR-CDF. rapUE.2003.fr, p. 140 et s.

¹⁴²⁵ Il est fait ici allusion aux arrêts *Avello* et *Konstantinidis*. CJCE, arrêt *Garcia Avello*, aff. C-148/02, 2 oct. 2003, Rec., p. I-11613 : *A.J.D.A.*, 2004, p. 320-321, J.-M. BÉLORGEY ; *D.* 2004, jur., p. 1476-1479, M. AUDIT ; *J.D.I.*, 2004, p. 582-584, M. LUBY ; *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 192-202, P. LAGARDE ; *RTDciv.* 2004, p. 62-63, J.

nommé et a donc évité d'aborder une question pourtant pertinente au regard des objectifs du droit de l'Union européenne, mais délicate au regard de la compétence exclusive des Etats membres en droit de la famille.

383. On a pu voir que la CJUE n'a encore jamais eu recours à la méthode sélective concernant une notion du droit de la famille et refuse de consacrer en droit de l'Union européenne une conception minoritaire en Europe. Il convient donc désormais d'analyser l'attitude de la CJUE en présence d'un dénominateur commun. Généralement, dans ce cas de figure, la CJUE applique la Communauté de vue au droit de l'Union européenne pour l'étendre aux Etats récalcitrants¹⁴²⁶. Compte tenu de la particularité du droit de la famille, il est intéressant de vérifier si sa jurisprudence reste la même en la matière. L'arrêt *K. B.* autoriserait à répondre par l'affirmative. Il faut néanmoins rester prudent et ne pas généraliser ce point de vue puisque dans cette affaire la CJCE a appliqué cette méthode dans un contexte particulier. Elle l'a fait alors que la Cour EDH avait déjà tiré les conséquences de ce dénominateur commun. Il n'est pas assuré qu'elle aurait eu cette ambition si la Cour EDH ne l'avait pas elle-même admis. La motivation de l'arrêt *K. B.* permet de confirmer ce point de vue, puisque dans l'énoncé des motifs, la CJCE ne s'attarde pas sur la situation du droit dans les divers Etats membres, elle n'en fait d'ailleurs pas état, mais se réfère plutôt à la jurisprudence de la Cour EDH, laquelle semble donc avoir été un argument de poids dans cette affaire. Cela est d'autant plus pertinent que la CJUE a le plus souvent recours à cette méthode pour reconnaître en droit de l'Union européenne un droit fondamental déjà garanti par la Cour EDH, alors même qu'il s'agit d'un droit fondamental de la famille. Par exemple, dans son arrêt *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*¹⁴²⁷, la CJCE s'est inspirée « des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de

Hauser ; *J.D.I.*, 2004, p. 1225-1237, S. Poillot-Peruzzetto. CJCE, arrêt *Christos Konstantinidis*, aff. C-168/91, 30 mars 1993, Rec. p. I-1191 ; *LPA*, 1994, n° 65, p. 22-28, J.-F. Flauss ; *Dr. trav. séc.soc.*, 1995, p. 1-2, P. Mazière ; *Rev. eur.dr.priv.*, 1995, p. 483-496, D. Gaurier et p. 496-503, F. Schockweiler et enfin p. 505-514, G. Loiseau.

¹⁴²⁶ P. Singer et J.-C. Engel parlent d'« effet catalyseur » du dénominateur commun sur la jurisprudence de la CJCE, dans *L'importance de la recherche comparative pour la justice communautaire. L'institutionnalisation d'une véritable démarche jurisprudentielle au cœur même de la juridiction communautaire*, art. préc., spéc. p. 504.

¹⁴²⁷ CJCE, arrêt *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, 27 juin 2006, Rec., p. I-05769 ; *Europe*, 2006, comm., n° 236, p. 13-14, F. Kauff-Gazin ; *Rev. Lamy Conc.*, 2006, n° 9, p. 64-66, C. Nourissat ; *R.T.D.eur.*, 2006, p. 673-685, note B. Masson ; *A.J.D.A.*, 2006, p. 2286-2288, L. Burgogue-Larsen ; *Rev. dr. UE*, 2006, n° 3, p. 702-706, C. Sanfrutos ; *L'Europe des libertés : rev. d'actu. Jur.*, 2006, n° 21, p. 9-15, H. Brodier ; *J.D.I.*, 2007, p. 636-639, S. Francq ; *R.T.D.H.*, 2006, p. 595-609, D. Martin.

l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré »¹⁴²⁸ pour consacrer une nouvelle fois le droit au respect de la vie familiale comme droit fondamental protégé par le droit de l'Union. La jurisprudence de la Cour EDH constitue en quelque sorte un gage d'acceptabilité de la solution luxembourgeoise.

384. Pour résumer, la CJUE est respectueuse des sensibilités nationales lorsqu'elle est saisie d'une notion de droit de la famille. Pour cette matière, l'analyse comparative est donc un instrument essentiel du travail de la juridiction luxembourgeoise. On ne dispose néanmoins pas assez de recul sur cette question pour affirmer qu'il en sera toujours ainsi. Le nombre limité d'affaires concernant l'interprétation d'une notion de droit de la famille justifie une modération des propos développés. La Charte ayant à présent force contraignante¹⁴²⁹, on peut supposer que le nombre d'affaires ayant trait au fond du droit de la famille vont se multiplier et permettre de vérifier les propos qui précèdent.

¹⁴²⁸ Voir point 35 de l'arrêt *Parlement européen*.

¹⁴²⁹ Art. 6 TUE.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

385. Les ordres juridiques européens nationaux contribuent à l'évolution du droit interne de la famille des Etats membres. Les autorités normatives nationales intègrent quasi-systématiquement la méthode comparative dans le processus législatif afin d'apprécier l'opportunité d'une réforme et de s'inspirer des solutions étrangères. La méthode comparative se présente donc comme un « un vecteur de circulation du droit »¹⁴³⁰. L'évolution des droits nationaux de la famille est ainsi de plus en plus le résultat d'un phénomène de contagion, qui commence discrètement à toucher les juridictions nationales. Les ordres juridiques nationaux influencent également les ordres juridiques supranationaux en participant non seulement au processus normatif des organisations européennes, mais aussi en donnant du contenu au droit européen supranational.

¹⁴³⁰ B. Markesinis, Unité ou divergence : à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain, *R.I.D.C.* 2001, pp. 807-830, spéc. p. 807

CONCLUSION DU TITRE 2

386. Manifestement, le droit interne de la famille des Etats membres est le résultat de relations complexes entre les diverses sources européennes du droit de la famille. Même si les droits européens supranationaux s'imposent aux ordres juridiques nationaux du fait de leur supériorité hiérarchique, ceux-ci trouvent leurs racines politiques, mais aussi idéologiques dans le droit interne des Etats membres. L'évolution interne du droit de la famille ne découle pas seulement de relations verticales réciproques, elle est également le fruit de rapports horizontaux entre les ordres juridiques nationaux. Parce que le droit de la famille est une branche du droit profondément encrée dans la culture, l'histoire et la tradition juridique des Etats membres, et intimement liée aux évolutions démographiques et sociologiques partagées par l'ensemble des Etats membres, la méthode comparative a une place privilégiée dans le processus de production du droit. C'est la raison pour laquelle le droit de la famille, plus que toute autre branche du droit, s'avère être le terrain privilégié du phénomène de réseau¹⁴³¹.

¹⁴³¹ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

387. Le renouvellement des sources touche le droit de la famille à l'instar d'autres branches du droit. Aux sources traditionnelles d'origine nationale se sont adjointes des sources européennes. Le droit européen comporte trois dimensions, celle du droit du Conseil de l'Europe, celle du droit de l'Union européenne et celle du droit comparé européen. Cette diversité des sources européennes expose à un risque de désordre et d'incohérence juridiques. Or, on a pu relever que le droit de la famille évolue dans une relative harmonie des sources. Cette coexistence harmonieuse repose sur un rapprochement des divers ordres juridiques européens, qui entretiennent entre eux une véritable coopération.

388. Cette coopération prend la forme de dialogues, c'est-à-dire d'échanges réciproques verticaux et horizontaux entre les divers ordres juridiques européens. On a pu d'abord le constater entre les deux organisations européennes. Le Conseil de l'Europe et, plus récemment, l'Union européenne s'intéressent de près aux enjeux familiaux. L'ampleur des textes et des travaux entrepris en la matière par les deux Europe permet d'en témoigner. Aucune question n'est épargnée. Parce qu'elle poursuivent les mêmes objectifs, à savoir la protection des droits familiaux fondamentaux et la création d'un véritable espace européen de justice pour les familles, les deux organisations abordent les mêmes sujets. L'analyse des relations intereuropéennes permet d'affirmer que le Conseil de l'Europe joue souvent le rôle d'« éclaireur »¹⁴³². Il est en effet « le laboratoire où se prépare et s'expérimente la coopération européenne »¹⁴³³ tandis que l'Union européenne se présente comme l'ultime exécutant de la coopération juridique européenne c'est-à-dire comme l'institution qui traduit les ambitions européennes en contrainte pour les Etats membres. Les deux organisations partagent la volonté de trouver ensemble des réponses aux principaux défis paneuropéens, parmi lesquels figure la protection juridique des enfants et de la famille¹⁴³⁴. Leur concertation

¹⁴³² Expression empruntée à Mme E. Guigou, allocution d'ouverture à la 4^{ème} conférence européenne sur le droit de la famille relative à la médiation en Europe.

¹⁴³³ Voir discours de R. Schuman en date du 10 décembre 1951.

¹⁴³⁴ Voir Memorandum du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe communiqué en novembre 2002 à la Convention sur l'avenir de l'Europe et distribué en tant que document à la Convention (CONV. 427/02) à titre de contribution au débat en cours au sein du groupe de travail sur la Liberté, la Sécurité et la Justice, « Liberté,

participe du processus de création d'un espace normatif paneuropéen, lequel permet de tempérer l'idée selon laquelle les deux organisations européennes travailleraient simultanément, mais trop rarement ensemble et rend « absurde » toute image de rivalité entre les deux organisations¹⁴³⁵. Cette coopération normative est relayée par une coopération jurisprudentielle des deux cours européennes.

389. On a pu également observer une coopération verticale réciproque entre les ordres juridiques européens nationaux et les ordres juridiques européens supranationaux. Les travaux parlementaires témoignent de la contribution apportée par le droit européen supranational à l'évolution des droits nationaux de la famille. Les législateurs et les juges nationaux sont de plus en plus attentifs aux textes adoptés par les instances normatives européennes dans le cadre des réformes du droit de la famille et davantage soucieux de répondre aux exigences formulées par les cours européennes supranationales. Les ordres juridiques nationaux influencent également les ordres juridiques européens supranationaux, qui puisent dans les droits nationaux afin de donner un contenu à leur droit ou apporter une certaine légitimité à leur intervention en droit de la famille. Les sensibilités nationales sont, en outre, prises en compte par les institutions des deux organisations puisque les représentants des Etats membres interviennent à tous les stades de la procédure législative de ces deux organisations.

390. Enfin, il existe une coopération horizontale entre les ordres juridiques européens nationaux. Les autorités normatives des pays européens font de plus en plus référence au droit comparé pour faire évoluer leur droit de la famille. Elles n'ont pas recours seulement au droit comparé en vue de mettre en exergue le retrait de leur droit par rapport aux autres Etats en droit de la famille et de légitimer davantage la réforme entreprise. Elles usent également de ces données afin d'améliorer leur système juridique en empruntant « ce qu'il y a de meilleur » dans chacune des expériences étrangères¹⁴³⁶. Les autorités normatives nationales sont indubitablement ouvertes aux influences extérieures. Si cette hospitalité juridique du

Sécurité et Justice pour l'ensemble de l'Europe- Associer la Grande Europe à la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice », SG/Inf (2002) 42.

¹⁴³⁵ Idée soutenue par F. Ricardi, UE/ Conseil de l'Europe : rivalités absurdes à surmonter, art. préc., p. 3.

¹⁴³⁶ Formule empruntée à J. Carbonnier, dans L'apport du droit comparé à la sociologie juridique, *Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, op. cit., pp. 75-87, spéc. p. 77. Voir dans le même sens R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 11^e Ed., 2002, n°5, p. 5. Les auteurs ont écrit : « Dans une période de vingt ans, de dix ans, ou même moindre, la réforme qui a été réalisée dans un pays et qui y a fait ses preuves est introduite dans d'autres pays, avec telle ou telle modification qui tient compte de circonstances spéciales ou qui vise à l'améliorer ou à l'intégrer plus parfaitement dans le droit de ce nouveau pays ».

législateur est aujourd'hui bien connue des juristes, celle des juges nationaux l'est beaucoup moins. Les références expresses aux réflexions comparatives des juges dans le texte des décisions judiciaires nationales permettent de rendre compte d'une réalité encore dissimulée par les hautes juridictions romano-germaniques. La pratique émergente des juridictions nationales permet d'affirmer que la méthode comparative est destinée à un grand avenir au sein de leur travail préparatoire et ce d'autant plus que cette « communication juridictionnelle transnationale »¹⁴³⁷ est privilégiée par les multiples rencontres¹⁴³⁸ qu'organisent les institutions supranationales en vue de favoriser la coopération judiciaire européenne et la facilité d'accès qu'offre internet aux décisions de justice étrangères¹⁴³⁹.

¹⁴³⁷ S. Robin-Olivier, L'inspiration venue d'ailleurs dans la construction du droit national. La référence (non imposée) à d'autres droits par les juges des Etats membres de l'Union européenne, art. préc., spéc. p. 142.

¹⁴³⁸ B. Rabatel, Liaison Magistrates : their Role in Comparative Law and International Judicial Cooperation, dans G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve, *Comparative Law before the Courts*, op. cit., pp. 49-54.

¹⁴³⁹ Voir dans ce sens G. Canivet, La pratique du droit comparé par les cours suprêmes. Brèves réflexions sur le dialogue des juges dans les expériences françaises et européennes : en commentaire de l'article de Sir Basile Markesinis et Jörg Fedtke *Le juge en tant que comparatiste*, article préc., spéc. p. 227.

SECONDE PARTIE

LA PORTÉE VARIABLE DU RAPPROCHEMENT

391. Le dialogue des institutions normatives relevant des divers ordres juridiques européens nationaux et supranationaux est propice au rapprochement des droits. Le rapprochement des droits civils en Europe est communément admis. Le droit des contrats et le droit de la consommation en sont des exemples topiques¹⁴⁴⁰. Le rapprochement des systèmes juridiques dans ces matières civiles est tel qu'il est souvent évoqué voire même envisagé une unification ou une codification du droit européen des contrats et de la consommation¹⁴⁴¹. Le droit de la famille, longtemps considéré comme réfractaire à tout rapprochement des législations nationales en raison de son profond enracinement dans l'histoire et la culture de chaque nation, n'échappe plus à cette tendance. Il semble dès lors important de déterminer sous quelle forme s'opère le rapprochement des droits européens de la famille. Parce que dans cette matière les susceptibilités nationales sont les plus exacerbées, la méthode de l'unification¹⁴⁴² n'a pas été retenue par les institutions européennes supranationales.

392. Du côté de l'Union européenne, l'unification de cette branche du droit est formellement exclue. Le droit de la famille relève en effet du pouvoir souverain des Etats membres et toute compétence de l'Union a été écartée en ce qui concerne la substance même de cette matière. Au-delà de cet aspect purement formel, les institutions de l'Union

¹⁴⁴⁰ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats du 11 juillet 2001, COM (2001) 398 final ; Communication intitulée « un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action » du 12 février 2003, COM (2003) 68 final et communication intitulée « droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », COM (2004) 651 final.

¹⁴⁴¹ P. Legrand, Sens et non-sens d'un code civil européen, *R.I.D.C.* 1996, pp. 779-812 ; G. Gandolfi, Pour un code européen des contrats, *R.T.D. civ.* 1992, p. 707 et s. ; B. Fauvarque-Cosson, Faut-il un Code civil européen ?, *R.T.D. civ.* 2002, p. 463 et s. ; Y. Lequette, Vers un Code civil européen ?, *Pouvoirs*, 2003, n° 47, p. 97 et s. ; J.-B. Racine, Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? Plaidoyer en faveur de l'unification, *Rev. dr. UE*, 2003/2, p. 869 et s., D. Tallon, Vers un droit européen des contrats, dans *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 485 et s. ; P. Malaurie, Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte, *JCP.G.2002.I.110* ; G. Cornu, Un Code civil n'est pas un instrument communautaire, *D.* 2002, chron., p. 351 ; Y. Lequette, Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar, *D.* 2002, chron., p. 2202 ; C. Witz, Plaidoyer pour un code européen des obligations, *D.* 2002, chron., p. 79 ; F. Osman (dir.), Vers un code européen de la consommation : codification, unification et harmonisation du droit des Etats membres de l'Union européenne, op.cit.

¹⁴⁴² W. Müller-Freienfels, The Unification of Family Law, *Amer. Journal of Comp. Law*, 16 (1968-1969), pp. 175 et s.

européennes se montrent en pratique respectueuses de la diversité des droits de la famille. Lorsqu'elles légifèrent dans des domaines relevant de leur compétence, mais touchant par ricochet la matière familiale, elles sont attachées à rappeler que leur intervention ne vise pas l'unification du droit substantiel de la famille. Par exemple, la Commission a précisé, dans sa proposition de directive « relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle », que ce texte serait sans préjudice des législations nationales relatives à l'état matrimonial ou familial et aux droits en matière de procréation¹⁴⁴³. Cette inclination au ménagement des susceptibilités nationales¹⁴⁴⁴ trouve sa dernière expression dans le Traité de Lisbonne¹⁴⁴⁵, mais aussi dans la proposition de règlement relatif aux régimes matrimoniaux¹⁴⁴⁶. Le considérant 10 de cette proposition renvoie, en effet, au droit national des Etats membres pour définir la notion de mariage.

Du côté du Conseil de l'Europe, l'unification du droit en général n'a jamais fait partie de ses objectifs¹⁴⁴⁷. Cette organisation n'a d'ailleurs jamais disposé, à l'inverse du droit de l'Union européenne, des instruments juridiques permettant une telle entreprise. Elle a en effet plutôt manifesté l'ambition d'harmoniser les droits internes autour de principes communs¹⁴⁴⁸.

393. Une telle exclusion est heureuse. Le droit de la famille se prête mal au jeu de l'unification. En effet, ce mouvement de rapprochement porte atteinte aux particularismes nationaux qui caractérisent cette branche du droit civil. Aussi, la matière s'accommodant plutôt de techniques respectueuses de la diversité des droits nationaux, le rapprochement des droits de la famille européens s'opèrent, d'une part, par la voie de la coordination (**titre 1**) et, d'autre part, par le biais de l'harmonisation (**titre 2**).

¹⁴⁴³ Voir l'article 3 §2 de la proposition de directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, COM (2008) 426 final.

¹⁴⁴⁴ A.V.M. Struycken, Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1992, I, t.232, pp.257-379, spéc. p. 280. Selon l'auteur, « Le respect de l'identité nationale pour ce qui concerne le droit pourra avoir pour effet, d'une part, de freiner de temps à autre le zèle communautaire d'unification et d'harmonisation des droits, pour ménager les susceptibilités nationales ».

¹⁴⁴⁵ Voir art. 3 bis du Traité de Lisbonne, JO n° C 306/1, du 17 déc. 2007.

¹⁴⁴⁶ Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, COM (2011) 126 final.

¹⁴⁴⁷ Voir dans ce sens F. Benoît-Rohmer et H. Klebes, *Le droit du Conseil de l'Europe. Vers un espace juridique paneuropéen*, op. cit., spéc. p. 131.

¹⁴⁴⁸ H. Golsong, Les travaux de droit privé du Conseil de l'Europe, *T.C.F.D.I.P.*, 1973-1975, pp. 161-187, spéc. p.164.

TITRE 1 :

LA COORDINATION DES ORDRES JURIDIQUES EUROPÉENS EN DROIT DE LA FAMILLE

394. Le besoin de coordination des ordres juridiques européens en matière familiale est lié à l'accroissement du contentieux familial international provoqué par la mobilité des familles en Europe. La libre circulation des personnes a en effet favorisé la constitution de familles internationales composées de personnes de nationalités différentes ainsi que l'installation des familles dans des Etats européens dont ils ne sont pas les nationaux. L'internationalisation consécutive des rapports patrimoniaux et extrapatrimoniaux de la famille expose, d'une part, le contentieux familial aux conflits de compétence et aux conflits de lois et, d'autre part, les décisions prises en matière familiale à des difficultés de reconnaissance et d'exécution d'un pays à l'autre. La coordination tend à la création de règles structurelles¹⁴⁴⁹ organisant l'articulation harmonieuse des différents ordres juridiques dont relève la situation familiale en cause sans altérer le fond du droit de la famille. Ces règles structurelles visent à agencer la compétence et la loi applicable à chaque situation tout en assurant le respect de ces règles structurelles ainsi que des décisions prises en application de ces règles par les ordres juridiques dont le juge ou la loi n'a pas été désignée. Le droit international privé, entendu comme « l'ensemble des règles applicables aux individus dans les relations internationales »¹⁴⁵⁰, se présente donc comme l'instrument privilégié de cette coordination¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁹ S. Poillot-Peruzzetto, La diversification des méthodes de coordination des normes nationales, *art. préc.*, spéc. p. 18. Selon l'auteur, la coordination consiste en « des règles structurelles déterminant dans un espace donné l'applicabilité des normes les unes par rapport aux autres ». Voir également du même auteur, Les enjeux de la communautarisation, dans H. Fulchiron et C. Nourissat (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 13-37, spéc. p.15.

¹⁴⁵⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2007, n° 1.

¹⁴⁵¹ H. Gaudemet-Tallon, De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union européenne ?, *art.préc.*, spéc. p. 162. Selon l'auteur, « Le droit international privé est, avant tout, un droit qui doit permettre la coordination harmonieuse entre des systèmes juridiques qui restent substantiellement différents ». Voir également D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. I, partie générale, P.U.F., 2^e éd., 2010, spéc. p. 19. Selon les auteurs, « le droit international privé est un instrument de gestion de la diversité des droits » ; T. Ballarino et G. Paolo Romano, Le principe de proximité chez Paul Lagarde. Quelques précisions et développements récents, dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 37-54, spéc. p. 41.

395. La coordination est un moyen de rapprochement des droits nationaux de la famille appréhendé par le droit de l'Union européenne et encouragé par le Conseil de l'Europe. Le Conseil de l'Europe s'est intéressé le premier aux questions du droit international privé de la famille. Son action a en effet précédé celle de l'Union européenne. Il l'a fait par le biais de la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants¹⁴⁵². Par ce biais, le Conseil de l'Europe fut le premier à s'intéresser au problème de la circulation croissante des enfants à travers les frontières internationales et à se pencher sur les difficultés engendrées par ces déplacements transfrontières. Mais cet instrument a été très vite éclipsé par la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants¹⁴⁵³ et le règlement dit *Bruxelles II*¹⁴⁵⁴, alors jugés plus efficaces¹⁴⁵⁵. Depuis, le Conseil de l'Europe ne traite plus des questions de droit international privé, mais invite les Etats membres à ratifier les Conventions de La Haye y afférentes¹⁴⁵⁶ et à appliquer les règlements de l'Union européenne adoptés en la matière.

Aussi, même si le Conseil de l'Europe n'est plus un acteur direct de la coordination, il est favorable à un tel mouvement. Le contexte de l'élaboration et de l'adoption de la Convention sur les relations personnelles permet de le confirmer. L'objectif affiché de ce texte est de promouvoir la coopération judiciaire internationale dans les affaires concernant des relations personnelles transfrontières. Cet instrument a été présenté comme destiné à renforcer l'efficacité des instruments internationaux tels que la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance,

¹⁴⁵² Convention adoptée le 20 mai 1980.

¹⁴⁵³ Convention adoptée le 25 octobre 1980.

¹⁴⁵⁴ B. Sturlèse, Les nouvelles règles du droit international privé européen du divorce. Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil, *JCP. G.* 2001. I. 292, pp. 241-248, spéc. p. 247 ; N. Watté, Questions actuelles de droit judiciaire international et espace judiciaire européen, dans J.-L. Renchon (dir.), *L'enfant et les relations familiales internationales*, Bruylant, 2003, pp. 123-164, spéc. p. 157.

¹⁴⁵⁵ Voir le rapport du Professeur Nigel Lowe préparé à l'attention du CJ-FA comportant une évaluation des instruments du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la famille, CJ-FA (2006) 1 rév., III, c).

¹⁴⁵⁶ Voir par exemple la recommandation n° R (99) 7 sur l'application de la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et de rétablissement de la garde des enfants, adoptée le 23 février 1999 par le CM. Ce dernier recommande aux gouvernements des Etats membres non seulement de signer et ratifier la Convention européenne, mais aussi la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, faite à La Haye le 25 octobre 1980 ; Voir également la recommandation n° R (82)2 relative au versement par l'Etat d'avances sur les aliments dus aux enfants, adoptée par le CM le 4 février 1982. Celui-ci recommande aux gouvernements des Etats membres de faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires dues aux enfants, le cas échéant en ratifiant les instruments internationaux appropriés. Il faut bien sûr penser ici à la Convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires et concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires.

l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants et le règlement (CE) n° 1347/2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, en encourageant l'adoption de principes communs au sujet des relations personnelles concernant les enfants¹⁴⁵⁷.

396. Parmi les sources internationales¹⁴⁵⁸ du droit international privé de la famille, la Conférence de La Haye et l'Union européenne sont ainsi considérées comme les plus fécondes¹⁴⁵⁹. La Conférence de La Haye a en effet adopté quinze conventions en la matière depuis 1956¹⁴⁶⁰. Même si l'intervention de l'Union européenne a été plus tardive, ses instances normatives multiplient les initiatives dans ce domaine depuis plus de dix ans. L'Union européenne est sensible à l'expérience de la Conférence de La Haye parce que non seulement elle en est devenue membre depuis le 3 avril 2007¹⁴⁶¹, mais aussi parce qu'elle s'inspire des conventions de La Haye pour élaborer les instruments de droit international privé européen de la famille. Notamment, le règlement n° 4/2009 relatif aux obligations alimentaires renvoie expressément au protocole de La Haye du 23 novembre 2007¹⁴⁶², auquel elle a adhéré, afin de déterminer la loi applicable aux obligations alimentaires¹⁴⁶³. En outre, la rédaction de la proposition de règlement relative aux régimes matrimoniaux¹⁴⁶⁴ a été très largement influencée¹⁴⁶⁵ par la Convention de La Haye du 14 mars 1978¹⁴⁶⁶.

397. Compte tenu de la dimension européenne du sujet, seule l'entreprise de coordination du droit par l'Union européenne sera étudiée. Certains auteurs se sont étonnés du recours à

¹⁴⁵⁷ Voir le rapport explicatif de la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants, points 10 et 11.

¹⁴⁵⁸ B. Audit, *Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul*, *R.I.D.C.*, 1998, vol. 50, n° 2, pp. 421-448, spéc. p. 421.

¹⁴⁵⁹ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, L.G.D.J., 2011, 3^e éd., spéc. p. XIV ; M. Revillard, *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, Defrénois, 2010, 7^e éd., spéc. n° 9 à 13.

¹⁴⁶⁰ Conventions consultables sur le site officiel de la Conférence de La Haye : <http://www.hcch.net>

¹⁴⁶¹ Cette adhésion est un nouveau geste politique en lien avec l'ambition universelle de l'Union européenne. Il convient en effet de relever que toutes les règles de conflit de lois proposées dans les nouveaux instruments ayant trait à la matière familiale sont des règles de conflit universelles permettant de désigner la loi d'un Etat non membre de l'Union européenne.

¹⁴⁶² Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

¹⁴⁶³ Voir article 15 du 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.

¹⁴⁶⁴ Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, COM (2011) 126 final.

¹⁴⁶⁵ M. Revillard, *Pratique de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*, Defrénois, 2008, 2^e éd., spéc. n° 9.

¹⁴⁶⁶ Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

cette technique par l'Union européenne. Il est vrai qu'à l'heure de l'intégration exclusivement économique, les instances communautaires usaient de méthodes plus empiriques¹⁴⁶⁷ telles l'unification et l'harmonisation des règles substantielles. Au gré de l'adoption des Traités modificatifs, l'Union européenne a adjoint une dimension politique plus humaine à son système d'intégration. L'extension corrélative de son domaine d'intervention à des matières intimement liées aux traditions et cultures des Etats membres a conduit l'Union européenne à changer de méthode et à opter pour une technique d'intégration plus raisonnable¹⁴⁶⁸ permettant d'organiser le pluralisme juridique tout en maintenant la diversité¹⁴⁶⁹. Aussi parle-t-on d'une « nouvelle religion »¹⁴⁷⁰ du droit de l'Union européenne plus respectueuse des traditions et systèmes juridiques des Etats membres.

398. Pour assurer cette coordination, l'Union européenne a procédé à l'adoption de règles uniformes de droit international privé de la famille. Une fois entrées en vigueur, elles sont directement applicables par les Etats membres. Cette uniformité des règles a conduit la doctrine à parler en la matière d'uniformisation¹⁴⁷¹, d'unification¹⁴⁷² ou d'harmonisation¹⁴⁷³ du droit international privé de la famille et corrélativement à confondre ces notions. Cette confusion notionnelle se retrouve également dans le langage des instances normatives de

¹⁴⁶⁷ M. Fallon, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, 2002, p. 34 et s.

¹⁴⁶⁸ S. Poillot-Peruzzetto et A. Marmisse, *Le droit international privé communautaire de la famille*, art. préc., spéc. p. 460.

¹⁴⁶⁹ S. Poillot-Peruzzetto, *La diversification des méthodes de coordination des normes nationales*, art. préc., spéc. p.19 ; voir également du même auteur, *Les enjeux de la communautarisation*, art. préc., spéc. p. 17. Selon l'auteur, le droit communautaire n'a pas cherché « à produire du droit matériel » en droit de la famille, comme il l'a fait dans le domaine économique, mais à « assurer par des règles structurelles la construction de relations, de ponts entre les systèmes ».

¹⁴⁷⁰ C. Nourissat, *Droit civil de l'Union européenne : panorama 2004*, D. 2005, pan., pp. 608-614, spéc. p. 612.

¹⁴⁷¹ N. Watté, *Questions actuelles de droit judiciaire international et espace judiciaire européen*, art. préc., spéc. p. 125.

¹⁴⁷² P. Guez, *L'avenir du droit international privé communautaire de la famille*, dans J.-S. Bergé et I. Omarjee, *L'avenir du droit européen : le droit de la famille*, chronique de droit européen n° IX, LPA, 2006, n° 221, pp. 17-20, spéc. p. 17. L'auteur parle plus précisément d'« unification entre les Etats membres des règles de conflits de juridiction en matière matrimoniale et de responsabilité parentale » ; K. Kreuzer, *La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives*, dans L. Vogel (dir.), *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, Editions Panthéon-Assas, 2001, pp. 97-137, spéc. p. 109 et s. ; H. Gaudemet-Tallon, *Incertaines familles, incertaines frontières : quel droit international privé ?*, dans *Mélanges en l'honneur de M. Revillard*, Defrénois, 2007, pp. 147-168, spéc. p. 161. Elle parle d'« unification des règles de conflit de lois en matière familiale ». Voir également F. Cadet, *L'ordre public en droit international de la famille. Etude comparée France/Espagne*, op. cit., spéc. p. 24 ; S. Vigand, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, op. cit., spéc. n° 122 et 135.

¹⁴⁷³ A. Devers, *Actualité du droit communautaire et international de la famille*, *Dr. fam.*, 2007, études, n° 7, pp. 16-21, spéc. p. 17. L'auteur parle d'« harmonisation des règles de conflit de juridiction entre les Etats membres par le Règlement Bruxelles II Bis » ; S. Demars, *L'enlèvement parental international*, dans J.-L. Renchon (dir.), *L'enfant et les relations familiales internationales*, op. cit., pp. 363-400, spéc. p. 394. Voir également, S. Vigand, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, op. cit., spéc. n° 7 et 8. L'auteur parle à la fois d'harmonisation et d'unification.

l'Union européenne¹⁴⁷⁴. Certaines formulations sont erronées compte-tenu des définitions précédemment données¹⁴⁷⁵. D'une part, les règles de l'Union européenne ne se substituent pas aux règles nationales qui conservent leur intégrité. Ces instruments établissent un régime uniforme de règles de compétence applicable dès lors que l'affaire entre dans le champ d'application dudit instrument sans unifier les règles nationales qui demeurent diversifiées et dont les États membres conservent la maîtrise¹⁴⁷⁶. L'unification doit ainsi être écartée. D'autre part, les règles adoptées s'imposent aux États qui ne disposent d'aucune liberté dans leur mise en œuvre. La notion d'harmonisation ne semble donc pas non plus appropriée.

399. L'uniformisation semble davantage convenir¹⁴⁷⁷ puisque les règles de droit international privé de l'Union européenne s'insèrent dans le droit interne des États membres par le jeu de l'application directe sans pour autant affecter la diversité des droits nationaux. Cette notion est néanmoins insuffisante puisque la mise en œuvre de ces règles n'est pas systématique et dépend du caractère international de la situation familiale en cause. En effet, les règles adoptées par l'Union européenne ne font que se superposer¹⁴⁷⁸ au droit national, lequel doit être écarté au profit du droit de l'Union lorsque le litige entre dans le champ d'application de l'instrument européen¹⁴⁷⁹. Il conviendrait mieux, dès lors, de parler

¹⁴⁷⁴ Alors que les rédacteurs du règlement (CE) n° 1347/2000 évoquent, dans le considérant 4, l'unification des règles de conflit de juridiction, les autorités normatives parlent d'« harmonisation » des règles de conflit dans le considérant 21 du règlement (UE) n° 1259/2010 ou de règles uniformes sur la loi applicable et la compétence dans le livre vert relatif aux régimes matrimoniaux, COM (2006) 400, spéc. point 2.4.1.

¹⁴⁷⁵ Voir *supra*, n° 23 et s.

¹⁴⁷⁶ Parmi les auteurs attachés à la distinction entre coordination, harmonisation, uniformisation et unification : voir S. Poillot-Peruzzetto et A. Marmisse, *Le droit international privé communautaire de la famille*, art. préc., spéc. p. 461. Selon les auteurs, « les techniques du droit international privé partent du postulat du maintien d'une diversité des législations nationales qu'il convient non pas d'unifier, mais de coordonner par un système de règles conflictuelles » ; voir également B. Sturlèse, *Les nouvelles règles du droit international privé européen du divorce*. Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil, art. préc., spéc. p. 242. Selon l'auteur, le règlement ne vient pas harmoniser ou unifier les droits nationaux du divorce. C'est un texte qui respecte les identités nationales en préservant le droit matériel des États, puisqu'il se limite à mettre en œuvre les techniques traditionnelles de coordination du droit international privé ». Voir également A.V.M. Struycken, *Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé*, art. préc., spéc. p. 285.

¹⁴⁷⁷ Voir dans ce sens Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, op.cit., spéc. n° 69, p. 67. Voir également *Jurisclasseur Europe*, *Traité*, fasc. 3500, p. 3.

¹⁴⁷⁸ Voir dans ce sens C. Nourissat, *Le règlement « Bruxelles II Bis » : conditions générales d'application*, dans H. Fulchiron et C. Nourissat (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, op.cit., pp. 1-9, spéc. p. 2.

¹⁴⁷⁹ P. de Vareilles Sommières, *La libre circulation des jugements rendus en matière matrimoniale en Europe*, *G.P.*, 18 déc. 1999, p. 15 ; A. Boiché, *Le divorce en droit international privé*, dans *Internationalité du litige familial*, *AJ. fam.* 2008, n° 7-8, pp. 270-279 ; M.-C. Celeyron-Bouillot, *Le litige international d'autorité parentale : la recherche de solutions communes à une problématique aussi diverse qu'universelle*, dans *Internationalité du litige familial*, préc., pp. 279-284, spéc. p. 282.

d'uniformisation « additionnelle »¹⁴⁸⁰, entendue comme l'insertion de règles établies parallèlement à celles d'origine interne. Aussi, est-il affirmé que la coordination de l'Union européenne assure une « internormativité structurelle »¹⁴⁸¹ puisqu'elle prend en compte l'existence d'ordres juridiques différents afin d'établir des liens entre eux par le biais d'une solution uniforme. Même si sa légitimité a été fortement décriée par la doctrine¹⁴⁸², la communautarisation du droit international privé de la famille est désormais une réalité. La notion de communautarisation est ambivalente¹⁴⁸³. Elle induit deux idées différentes : celle de l'intervention nouvelle du droit de l'Union européenne en matière de droit international privé de la famille et celle de l'influence du droit de l'Union européenne sur l'élaboration du droit international privé de la famille. Elle traduit ainsi, d'une part, « un changement de source »¹⁴⁸⁴, c'est-à-dire la construction d'un droit international privé de la famille d'origine communautaire et, d'autre part, « un changement de contenu »¹⁴⁸⁵, c'est-à-dire la construction d'un droit international privé de la famille au contenu communautaire. On parle, dès lors, de communautarisation formelle (**chapitre 1**) et matérielle¹⁴⁸⁶ (**chapitre 2**) du droit international privé de la famille.

¹⁴⁸⁰ Expression empruntée à J. Basedow, Rapport de synthèse : quel droit privé pour l'Europe ?, dans J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, op. cit., pp. 234-259, spéc. p. 234. Voir également J. Pirrung, Unification du droit en matière familiale : la Convention de l'Union européenne sur la reconnaissance des divorces et la question de nouveaux travaux d'UNIDROIT, *R.D.U.*, 1998-2/3, pp. 629-640, spéc. p. 630.

¹⁴⁸¹ S. Poillot-Peruzzetto, La diversification des méthodes de coordination des normes nationales, art. préc., spéc. pp. 17, 25 et 26.

¹⁴⁸² Voir *supra*, n° 105. Pour un exposé général, voir C. Kohler, Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam, art. préc. ; P.-E. Partsch, *Le droit international privé européen. De Rome à Nice*, Larcier, 2003, spéc. p. 295 et s.

¹⁴⁸³ C. Nourissat, Le droit international privé à l'épreuve du droit communautaire ? Quelques brèves observations optimistes..., *LPA*, 2007, n° 79, pp. 82-87, spéc. p. 82.

¹⁴⁸⁴ Formule employée dans le cadre de la coordination du droit des contrats par P. de Vareilles-Sommières, La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats, dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 781-801, spéc. p. 783.

¹⁴⁸⁵ *Ibidem*, spéc. pp. 783 et 784.

¹⁴⁸⁶ Classification opérée par P. de Vareilles-Sommières, La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats, dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, op. cit., spéc. pp. 784 et 790.

Chapitre 1

LA COMMUNAUTARISATION FORMELLE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE

400. Le droit de l'Union européenne est une nouvelle¹⁴⁸⁷ source formelle du droit international privé de la famille. Cette intervention européenne participe du vaste mouvement d'internationalisation¹⁴⁸⁸ de la matière. Le terme « communautarisation » a été volontairement préféré à celui d'« européanisation »¹⁴⁸⁹ afin de bien individualiser l'action de l'Union européenne par rapport à celle du Conseil de l'Europe, qui demeure en la matière beaucoup plus modeste. La communautarisation formelle du droit international privé de la famille se veut progressive¹⁴⁹⁰. L'Union européenne a, en effet, investi la matière par tâtonnements. Sans doute est-ce en raison du lien de proximité qu'elle entretient avec la culture de chaque État. Cette progression concerne tant le processus d'extension de la coordination aux matières familiales (**section 1**) que les techniques de coordination auxquelles fait appel l'Union européenne (**section 2**).

¹⁴⁸⁷ H. Gaudemet-Tallon, De quelques sources internationales du droit international privé : ordre ou désordre ?, dans *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 463-486, spéc. p. 464.

¹⁴⁸⁸ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, op. cit., n° IX.

¹⁴⁸⁹ P. Lagarde et B. von Hoffmann (éd.), *L'européanisation du droit international privé*, Série de publications de l'Académie de Droit européen de Trèves, vol. 8, 1996. Voir également H. Oberdorff, L'européanisation du droit des Etats membres de l'Union européenne. Réflexions sur une énigme, dans *l'Union européenne : union de droit, union des droits, Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, A. Pédone, 2010, p. 711 et s.

¹⁴⁹⁰ P. Lagarde, La formation progressive du droit international privé communautaire, *Deffr.*, 15 avril 2005, n° 1, art. 10007, p. 31 et s. Voir également, M. Tenreiro and M. Ekström, Unification of private international law in family law matters within the european Union, dans K. Boele-Woelki (éd.), *Perspectives for the unification and harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp.185-193, spéc. p. 187.

Section 1 : L'extension progressive de la coordination aux matières familiales

401. Dès 1957, les rédacteurs du Traité de Rome ont prévu la possibilité pour les Etats membres de négocier des instruments visant à la coordination des droits¹⁴⁹¹. Si une telle coordination a été engagée à partir de 1968 en matière civile et commerciale, elle a été envisagée plus tardivement en matière familiale (§1). La communautarisation du droit international privé de la famille est d'autant plus progressive¹⁴⁹² (§2) qu'elle ne concerne pas encore la matière familiale dans sa globalité.

§1. La coordination tardive de la matière familiale

402. La coordination des droits a fait ses premiers pas au sein de l'Union européenne sous l'empire d'une coopération intergouvernementale. A l'époque, toute coordination du droit de la famille a été expressément exclue par les Etats membres, à l'exception de la question des obligations alimentaires (A). Le contexte juridique ayant ensuite évolué, la matière familiale a été intégrée dans le processus de coordination entrepris par l'Union européenne (B).

A. Une coordination du droit de la famille initialement restreinte

403. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968¹⁴⁹³ a été le premier instrument de coordination adopté sur le fondement de l'article 220 du Traité de Rome. Alors que cette convention visait la coordination des matières civiles et commerciales, elle excluait expressément l'essentiel du droit de la famille¹⁴⁹⁴, à savoir « l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions »¹⁴⁹⁵. Les rédacteurs de

¹⁴⁹¹ Voir art. 220 du Traité de Rome.

¹⁴⁹² Sur l'idée d'une communautarisation progressive du droit international privé de la famille, voir A. Borrás, *Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir*, *R.C.A.D.I.*, 2005, t. 317, pp. 313-526, spéc. p. 465.

¹⁴⁹³ Convention dite de « Bruxelles I » concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, entrée en vigueur le 1^{er} février 1973 entre les six Etats originaires de la C.E.E.

¹⁴⁹⁴ S. Vigand, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, op. cit., spéc. n° 3. Voir également A. Huet, *Le droit de la famille et les conflits de juridictions en droit international privé européen*, dans *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, L.G.D.J., 1994, pp. 243-259, spéc. p. 243.

¹⁴⁹⁵ Voir l'art. 1^{er} § 2 (1) de la Convention.

la Convention ont avancé plusieurs raisons à l'appui de cette exclusion¹⁴⁹⁶ (1), mais ont néanmoins maintenu les obligations alimentaires dans le champ d'application de cet instrument (2).

1. Les raisons de l'exclusion

404. Deux raisons ont été avancées afin d'expliquer la mise à l'écart du droit de la famille. L'une a été développée par la doctrine et l'autre formulée expressément dans le rapport explicatif de la Convention de « *Bruxelles I* », dit rapport Jenard¹⁴⁹⁷. Selon la majorité des juristes, c'est le caractère exclusivement économique de la construction de l'Union européenne qui a relégué les questions familiales et personnelles au second plan. Il faut en effet relever qu'à l'époque, la diversité des législations nationales en matière familiale n'était pas encore perçue comme un obstacle à la construction du Marché intérieur¹⁴⁹⁸. La libre circulation des travailleurs n'en étant qu'à ses débuts, les institutions de l'Union n'avaient pas encore été confrontées aux difficultés familiales qu'elle engendre. Le contentieux familial intraeuropéen présentant, dès lors, moins d'acuité¹⁴⁹⁹ que celui issu de la libre circulation des marchandises et des capitaux, la matière familiale ne figurait pas parmi les priorités d'action en terme de coordination¹⁵⁰⁰.

Il a été en outre expliqué dans le rapport Jenard¹⁵⁰¹ qu'en raison de la diversité des législations nationales, il était encore inconcevable pour les Etats membres de renoncer au

¹⁴⁹⁶ A. Huet, Le droit de la famille et les conflits de juridictions en droit international privé européen, dans *Droit des personnes et de la famille*, art. préc., spéc. p. 243.

¹⁴⁹⁷ Voir le rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, élaboré par P. Jenard, J.O.C.E., n° C-59/1, du 5 mars 1979.

¹⁴⁹⁸ Voir dans ce sens le Rapport explicatif relatif 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 A. Borrás, J.O.C.E. n° C 221/27, du 16 juillet 1998, spéc. I.3, p. 29. Le rapport précise que c'est « le fait que ces matières n'affectent pas directement l'intégration économique qui ont déterminé l'exclusion de ces questions ».

¹⁴⁹⁹ Expression empruntée à B. Sturlèse, Premiers commentaires sur un événement juridique : la signature de la convention de Bruxelles 2 ou quand l'Europe se préoccupe des conflits familiaux, *JCP. G.* 1998. I. 145, pp. 1145-1148, spéc. p. 1146.

¹⁵⁰⁰ Voir dans ce sens S. Vigand, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, op. cit., spéc. n° 3 ; voir également B. Sturlèse, L'extension du système de la Convention de Bruxelles au droit de la famille, *T.C.F.D.I.P.*, 1995-1996, pp. 49-70, spéc. p. 68.

¹⁵⁰¹ Rapport précité, spéc. p.10. Les membres du Comité s'étaient exprimés dans ces termes : « Quelles qu'aient été les règles de compétence choisies la disparité en ces matières des systèmes législatifs en présence, notamment des règles de conflit de lois, était telle qu'il était difficile de renoncer, au stade de la procédure d'*exequatur*, au contrôle desdites règles. C'était alors changer la nature de la convention et lui ôter une grande partie de sa hardiesse. Au surplus, si le comité avait accepté de retirer au juge de l'*exequatur* tout pouvoir de contrôle, même en matière extrapatrimoniale, ce juge n'aurait-il pas été incité à abuser de la notion d'ordre public pour paralyser la décision étrangère qui lui aurait été soumise ? Entre deux maux, les membres du comité ont choisi le moindre en maintenant à leur projet son unité et son audace tout en restreignant son champ d'application ».

contrôle de la loi appliquée au stade de la procédure d'*exequatur*. En d'autres termes, la disparité des droits internes de la famille rendait difficile, voire impossible toute idée de circulation des jugements en la matière. Aussi, parce que leurs juridictions n'étaient pas encore assez ouvertes aux systèmes étrangers dans une matière où les particularismes nationaux sont les plus exacerbés, les Etats membres ont préféré écarter la question familiale des négociations afin de ne pas mettre en échec le processus embryonnaire de coordination du droit civil.

2. L'exception des obligations alimentaires

405. Les obligations alimentaires font figure d'exception puisqu'elles ont été incluses dans le champ d'application de la Convention de « *Bruxelles I* ». L'article 5 point 2) de la Convention énonçait en effet des règles de compétence spéciales en la matière. Si cette exception a souvent été mise sur le compte de la nature hybride des obligations alimentaires¹⁵⁰², il convient d'avancer une autre explication au vu du rapport Jenard. Il est communément admis que les obligations alimentaires découlent des liens familiaux, mais lesquelles ont surtout une nature pécuniaire. C'est ainsi la dimension économique de ces obligations qui a justifié la coordination des règles ayant trait à cette matière, au même titre que toutes les autres obligations économiques d'origine contractuelle¹⁵⁰³.

406. Outre la dimension économique des obligations alimentaires, un autre facteur a expressément joué en faveur de l'introduction de la matière dans le champ d'application de la Convention de « *Bruxelles I* ». Il s'agit de l'expérience déjà acquise par la Conférence de La Haye concernant les obligations alimentaires dues aux enfants. Il faut en effet relever qu'en 1968, cinq des six Etats membres de la C.E.E. avaient ratifiés la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des décisions alimentaires envers les enfants¹⁵⁰⁴. Le succès de cette Convention auprès des Etats membres de la C.E.E. a démontré qu'une libre circulation des jugements en matière d'obligations alimentaires était concevable au sein de la

¹⁵⁰² Sur la nature hybride de l'obligation alimentaire, voir la communication de la Commission au Conseil invitant le Conseil à rendre l'article 251 du Traité instituant la Communauté européenne applicable aux mesures prises en vertu de l'article 65 du Traité en matière d'obligation alimentaire, COM(2005) 648 final.

¹⁵⁰³ Voir dans ce sens A. Marmisse, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, PULIM, 2000, spéc. p. 29.

¹⁵⁰⁴ Convention du 15 avril 1958, en vigueur le 1^{er} septembre 1966 entre la République fédérale d'Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie et les Pays-Bas.

Communauté et a sans aucun doute motivé l'ambition d'étendre cette possibilité aux créanciers autres que les enfants¹⁵⁰⁵.

B. Une coordination du droit de la famille désormais admise

407. Les raisons ayant présidé à l'exclusion de la matière familiale du processus de coordination en cours ont perdu de leur pertinence au gré de la construction de l'Union européenne. Ce nouveau contexte juridique (1) a conduit les institutions de l'Union à intégrer expressément la matière dans le vaste mouvement de communautarisation du droit international privé (2).

1. Le nouveau contexte juridique

408. Les deux justifications originelles avancées à l'appui de la mise à l'écart de l'essentiel du droit de la famille sont devenues obsolètes. En effet, non seulement il s'est avéré que la question familiale avait un impact¹⁵⁰⁶ sur le bon fonctionnement du Marché intérieur (a), mais aussi que la diversité des règles en la matière a perdu de son intensité (b).

a. L'impact de la question familiale sur le bon fonctionnement du Marché

409. Le contentieux familial international s'est accru au gré de la libre circulation des travailleurs, puis des citoyens européens¹⁵⁰⁷. Les difficultés liées à cette liberté en ce qui concerne le statut familial et personnel se sont manifestées de plus en plus vivement auprès des instances de l'Union européenne¹⁵⁰⁸. Le Parlement européen s'est vu adressé de nombreuses requêtes¹⁵⁰⁹ ayant trait aux difficultés soulevées par l'absence de règles de droit international privé uniformes en matière familiale, particulièrement en ce qui concerne la dissolution du lien matrimonial¹⁵¹⁰. La matière familiale devenant un contentieux de masse¹⁵¹¹ sur le plan européen, le droit international privé de la famille a donc présenté un intérêt

¹⁵⁰⁵ Voir le rapport Jenard précité, spéc. p. 25.

¹⁵⁰⁶ H. Stalford, *Regulating family life in post-Amsterdam Europe*, *E.L.R.* 2003, n° 28, pp. 39-52, spéc. p. 40.

¹⁵⁰⁷ N. Watté et H. Boularbah, *Le règlement communautaire en matière matrimoniale et de responsabilité parentale (Règlement dit « Bruxelles II »)*, *R.T.D.fam.*, 2000/4, pp. 539-604, spéc. pp. 540 et 541.

¹⁵⁰⁸ N. Fontaine, *Bruxelles II. La nouvelle Convention entre les Etats de l'Union européenne sur le règlement des conflits transnationaux en matière familiale*, *Dr. et patr.*, 1999, n° 69, pp. 22-28, spéc. p. 22.

¹⁵⁰⁹ *Encyclopédie Dalloz Communautaire*, coopérations civile et pénale, août 2005, spéc. p. 11, n° 75.

¹⁵¹⁰ Voir l'historique du Rapport explicatif relatif 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 A. Borrás, J.O.C.E. n° C 221/27, du 16 juillet 1998, spéc. I. 1., p. 28.

¹⁵¹¹ H. Gaudemet-Tallon, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)*, *R.C.A.D.I.*, 2005, t. 312, spéc. p. 26. Voir *supra*, n° 22.

d'application de plus en plus grand¹⁵¹². La nécessité d'uniformisation de la matière a été d'autant plus relevée par les institutions de l'Union européenne que l'absence de coordination a été progressivement présentée comme un obstacle à l'exercice effectif des libertés fondamentales de l'Union¹⁵¹³. Il a notamment été affirmé que l'extension de la Convention de « *Bruxelles I* » au statut personnel était indispensable à la garantie effective du principe de la liberté d'établissement issue de l'article 52 du Traité de Rome¹⁵¹⁴. Cette évolution a été un argument de poids dans le processus de coordination de la matière, qu'il soit opéré par le biais de la coopération intergouvernementale des Etats membres ou dans le cadre de la compétence de l'Union européenne.

C'est en effet parce que les Etats membres ont estimé que la fixation des règles ayant trait à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions concernant la dissolution du lien matrimonial et la responsabilité parentale servait la réalisation des objectifs de l'Union européenne qu'ils en ont fait des questions d'intérêt commun¹⁵¹⁵. En outre, le considérant 4 du règlement (CE) n° 1347/2000 faisait clairement apparaître que la coordination des règles en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale avait pour objectif de faciliter la libre circulation des personnes ainsi que le bon fonctionnement du Marché¹⁵¹⁶.

410. L'extension de la Convention de « *Bruxelles I* » aux matières familiales se présente donc comme un exemple typique de la construction pragmatique¹⁵¹⁷ du droit de l'Union européenne, c'est-à-dire au fur et à mesure des besoins nouveaux suscités par l'intégration communautaire. Le rapport explicatif de la Convention de « *Bruxelles II* » dit aussi « rapport

¹⁵¹² I. Barrière-Brousse, Propos introductifs, dans A. Leborgne et I. Barrière-Brousse (dir.), *Actualité du droit international privé de la famille*, P.U.A.M., 2009, pp. 13-18, spéc. p. 13 ; B. Sturlèse, Premiers commentaires sur un événement juridique : la signature de la convention de Bruxelles 2 ou quand l'Europe se préoccupe des conflits familiaux, *JCP. G.* 1998. I. 145, pp. 1145-1148, spéc. pp. 1145 et 1146. Selon l'auteur, « l'extension de la Convention de Bruxelles au domaine familial n'a pu être réalisée qu'à la faveur d'un contexte favorable et parce qu'il y avait un réel besoin d'unification à satisfaire ».

¹⁵¹³ S. Vigand, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, op. cit., spéc. n° 8.

¹⁵¹⁴ J. Basedow, La reconnaissance des divorces étrangers, Droit positif allemand et politique législative européenne, *R.C.D.I.P.*, 1978, pp. 461- 481, spéc. p. 463.

¹⁵¹⁵ Voir l'acte du Conseil du 28 mai 1998 établissant sur la base de l'article K .3. du Traité sur l'Union européenne, la convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, J.O.C.E. n° C 221/1 du 16 juillet 1998.

¹⁵¹⁶ Le considérant 4 était ainsi rédigé : « Certaines différences entre les règles nationales en matière de compétence et de reconnaissance rendent plus difficiles la libre circulation des personnes ainsi que le bon fonctionnement du Marché intérieur. Il est en conséquence justifié d'arrêter des dispositions permettant d'unifier les règles de conflit de juridiction en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale ».

¹⁵¹⁷ Voir dans ce sens C. Nourissat, Le droit communautaire des successions : le livre vert de la Commission et ses suites..., *Dr. et Patr.*, 2006, n° 150, pp. 59-63, spéc. pp. 59 et 60.

Borrás »¹⁵¹⁸ permet d'en rendre compte. On peut notamment y lire : « la situation juridique ayant évolué, il était normal que les Etats membres cherchent à répondre aux besoins nouveaux des citoyens européens. C'est dans cet esprit qu'a été élaborée la convention »¹⁵¹⁹.

b. Le recul de la diversité des législations

411. Si la disparité des droits nationaux de la famille avait en quelque sorte découragé leur coordination, plusieurs facteurs ont permis d'inverser la tendance. D'une part, les législations internes ont évolué, depuis 1968, dans un sens convergent¹⁵²⁰ « attestant qu'il existe un espace culturel commun de la famille en Europe »¹⁵²¹. Le droit de la famille connaît en effet depuis les années 1970 un vaste mouvement d'harmonisation¹⁵²² qui sera évoqué ultérieurement¹⁵²³. La promotion des droits fondamentaux et l'ouverture des systèmes juridiques à la méthode comparative n'y sont pas étrangers. Aussi, constate-t-on depuis plusieurs années un alignement des droits internes de la famille sur des principes communs. La libéralisation du droit du divorce en est un exemple topique. Ce mouvement a réduit d'autant la diversité des droits nationaux et a ainsi permis d'envisager la coordination de la matière. Ainsi que l'a reconnu un auteur, « ce rapprochement de l'esprit des divers droits de la famille [a favorisé] une meilleure perméabilité des ordres juridiques nationaux à des jugements qui sont désormais moins étrangers par leur contenu que par leur origine »¹⁵²⁴.

412. D'autre part, si le Conseil européen a invité les Etats membres à entamer, en juin 1994, des travaux préparatoires en vue de l'élaboration d'un projet de Convention en matière

¹⁵¹⁸ Rapport explicatif relatif 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 A. Borrás, J.O.C.E. n° C 221/27, du 16 juillet 1998.

¹⁵¹⁹ Voir l'historique du rapport précité, spéc. I.2., p. 28.

¹⁵²⁰ C. Bruneau, Le Traité d'Amsterdam et la coopération judiciaire en matière civile. Transformation en règlements communautaires de quatre conventions européennes, *JCP*, G, 2000, I, 266, spéc. p. 1956 ; Y.-H. Leleu, Nécessité et moyens d'une harmonisation des règles de transmission successorale en Europe, *E.R.P.L.*, 1998, n° 6, pp. 159-194, spéc. p. 187.

¹⁵²¹ H. Bosse-Platière, Le droit de la famille et la construction d'un espace judiciaire européen, dans *Les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne*, colloque organisé par le Centre d'Etudes européennes, le 24 mars 2000, Bruylant, 2001, pp. 125-153, spéc. p. 126.

¹⁵²² M. Jänterä-Jareborg, Unification of international Family Law in Europe- a critical perspective, dans K. Boele-Woelki (éd.), *Perspectives for the unification and harmonization of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 194-214, spéc. p. 196.

¹⁵²³ Voir *infra*, n° 544.

¹⁵²⁴ P. de Vareilles-Sommières, La libre circulation des jugements rendus en matière matrimoniale en Europe. Convention de Bruxelles II du 28 mai 1998 et proposition de règlement (C.E.) du Conseil, *G.P.* 18 déc. 1999, doct., pp. 2018-2031, spéc. p. 2019. Voir dans le même sens, B. Sturlèse, L'extension du système de la Convention de Bruxelles au droit de la famille, *T.C.F.D.I.P.*, 1995-1996, pp. 49-64, spéc. p. 51.

familiale¹⁵²⁵, c'est sans aucun doute parce que le projet de Heidelberg avait démontré sa faisabilité¹⁵²⁶. En effet, il ressort du rapport explicatif de la Convention de *Bruxelles II* que le Secrétaire du Groupe européen de droit international privé (GEDIP) avait été invité à une réunion du groupe de travail chargé de réfléchir à la viabilité d'une convention en matière de dissolution ou de relâchement du lien conjugal au niveau européen pour présenter le projet que le Groupe venait d'élaborer en octobre 1993¹⁵²⁷. Le GEDIP, réunissant des universitaires des Etats membres de l'Union européenne en vue d'élaborer des propositions dans les domaines de recouplement du droit de l'Union et du droit international privé, avait en effet formulé dans le projet de Heidelberg une proposition de Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière familiale et successorale¹⁵²⁸.

2. La naissance du droit international privé de la famille de l'Union européenne

413. C'est dans ce nouveau contexte juridique que les Etats membres ont intégré la matière familiale dans le processus de coordination du droit au niveau de l'Union européenne en adoptant la Convention dite de « *Bruxelles II* »¹⁵²⁹, le 28 mai 1998. Cet instrument a jeté les premières bases d'un droit international privé de la famille de l'Union européenne¹⁵³⁰ en énonçant des règles ayant trait aux conflits de compétence, à la litispendance ainsi qu'à la reconnaissance et l'exécution des décisions. Si l'extension de la coordination à la matière familiale a constitué une réelle avancée, cette progression est néanmoins demeurée assez timide eu égard au champ d'application matériel de ladite Convention. Celui-ci a en effet été limité aux questions du divorce, de la séparation de corps, de la nullité du mariage et de la responsabilité parentale. Pourtant, les Etats membres avaient formulé un projet initial beaucoup plus ambitieux, intégrant la filiation, le régime matrimonial et la matière

¹⁵²⁵ A. Borrás, Le règlement 1347/2000 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, *LPA*, 2002, n° 248, pp. 12-19, spéc. p. 12.

¹⁵²⁶ N. Watté et H. Boularbah, Le règlement communautaire en matière matrimoniale et de responsabilité parentale (Règlement dit « *Bruxelles II* »), *RTD. fam.*, 2002, n°4, doct., pp. 539-604, spéc. p. 541 ; voir également *Encyclopédie Dalloz communautaire*, Compétence, reconnaissance et exécution (matières matrimoniale et de responsabilité parentale), août 2007, spéc. p. 4.

¹⁵²⁷ Voir l'historique du rapport Borrás, préc., spéc. I.7, p. 30.

¹⁵²⁸ Le texte de cette proposition a été publié à la *R.C.D.I.P.*, 1993, pp. 841-845.

¹⁵²⁹ Convention concernant la compétence, la reconnaissance, et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, du 28 mai 1998, J.O.C.E. n° C 221/19, du 16 juillet 1998. Pour une brève présentation de la convention, voir *R.C.D.I.P.*, 2000, pp. 140-143.

¹⁵³⁰ S. Vigand, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, op. cit., spéc. n° 9.

successorale¹⁵³¹. Mais l'importance des difficultés techniques soulevées par ces matières¹⁵³² au cours des négociations ont conduit les Etats membres à limiter l'étendue du texte dans un souci de pragmatisme¹⁵³³.

414. Cet instrument n'a pas pu entrer en vigueur en raison de son remplacement par un règlement. Ce reformatage¹⁵³⁴ a été provoqué par l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam qui a communautarisé le troisième pilier et ainsi fait entrer le droit international privé dans le champ des compétences de l'Union européenne¹⁵³⁵. Cette dernière a ainsi repris à son compte la coordination de la matière familiale dans l'état même où la coopération intergouvernementale l'avait laissée. Le règlement (CE) n° 1347/2000¹⁵³⁶, dit règlement *Bruxelles II* a en effet repris la Convention sans opérer de modifications substantielles¹⁵³⁷. Il convient d'ailleurs de relever que le Conseil avait pris acte du rapport explicatif relatif à la convention de *Bruxelles II* lors de l'adoption du règlement *Bruxelles II*¹⁵³⁸. Si les négociations de la Convention de *Bruxelles II* ont permis de relever les difficultés liées à une coordination globale de la matière familiale, les institutions de l'Union européenne n'ont pas renoncé à une telle ambition. L'uniformisation du droit international privé de la famille figure constamment parmi les priorités de leurs mandats politiques. C'est la raison pour laquelle elles ont multiplié les initiatives normatives dans des matières qui n'ont pas encore été coordonnées.

415. Ainsi, le droit de la famille est de moins en moins considéré comme une matière civile particulière par les institutions de l'Union européenne, qui l'intègrent désormais plus

¹⁵³¹ J. Raynard, La convention de « Bruxelles II » : du droit judiciaire européen au droit européen de la famille, *R.T.D. civ.* 1998, pp. 1010-1012, spéc. p. 1010.

¹⁵³² P. McEleavy, The Brussels II Regulation : how the European Community has moved into family Law, *I.C.L.Q.* 2002, vol. 51, pp. 883-908, spéc. p. 892.

¹⁵³³ B. Sturlèse, Premiers commentaires sur un événement juridique : la signature de la convention de Bruxelles 2 ou quand l'Europe se préoccupe des conflits familiaux, *JCP. G.* 1998. I. 145, pp. 1145-1148, spéc. p. 1147 ; H. Gaudemet-Tallon, Le règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 : « Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs », *J.D.I.* 2001, pp. 381-430, spéc. p. 384.

¹⁵³⁴ H. Gaudemet-Tallon, Brefs propos introductifs, dans *Le droit international privé communautaire : émergence et incidences*, *LPA*, 2002, n° 248, pp. 3-5, spéc. p. 4.

¹⁵³⁵ S. Drouet, La communautarisation de « Bruxelles II ». Chronique d'une mutation juridique, *R.M.C.U.E.*, 2001, n° 447, pp. 247-257.

¹⁵³⁶ Règlement n° 1347/2000 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, *J.O.C.E.* n° L 160/19, du 20 juin 2000.

¹⁵³⁷ F.R. Paulino Pereira, La reconnaissance mutuelle des décisions de divorce et de responsabilité parentale dans l'Union européenne (Convention de Bruxelles II), *R.M.C.U.E.*, 1999, n° 430, pp. 484-489, spéc. p. 484 ; A. Marmisse, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, PULIM, 2000, spéc. p. 324. Voir également le considérant 6 du règlement (CE) n° 1347/2000.

¹⁵³⁸ Voir le considérant 3 du règlement *Bruxelles II Bis*, *JO* n° L 338/1, du 23 déc. 2003.

volontiers dans leurs actions politiques. La proposition de règlement portant création d'une ordonnance européenne de saisie-conservatoire des comptes bancaires¹⁵³⁹ permet de le relever. Cet instrument vise à créer un véritable espace européen de justice civile dans le domaine des procédures d'exécution et à simplifier le recouvrement de créances transfrontières en permettant aux créanciers d'obtenir des ordonnances de saisie-conservatoire des comptes bancaires sur la base de conditions identiques, quel que soit le pays où se trouve la juridiction compétente. Il est précisé, dans l'exposé des motifs, que « contrairement au règlement Bruxelles I la proposition de règlement s'appliquera aux questions intéressant les régimes matrimoniaux, les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés et les successions dès que les instruments juridiques proposés par la Commission dans ces deux domaines auront été adoptés et seront entrés en application »¹⁵⁴⁰. En intégrant ces questions relevant du droit patrimonial de la famille dans le champ d'application de la proposition, la commission les traite comme toute autre branche du droit civil.

§2. La coordination progressive des diverses matières familiales

416. L'Union européenne n'a pas procédé à la coordination de l'ensemble du droit de la famille dans un seul instrument. Le champ d'application plutôt restreint du règlement *Bruxelles II* permet d'en attester. Si l'Union européenne s'est dans un premier temps cantonnée à la coordination des règles en matière de désunion et de responsabilité parentale, elle n'a pas abandonné l'idée d'investir les autres matières. Elle entend le faire dans des instruments juridiques différents et successifs. On parle dès lors de morcellement¹⁵⁴¹ du droit international privé communautaire de la famille (**A**). Cette pratique est fortement décriée par la doctrine qui dénonce les inconvénients qu'elle présente (**B**).

¹⁵³⁹ Proposition de règlement du parlement européen et du conseil portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale, COM (2011) 445.

¹⁵⁴⁰ Voir Exposé des motifs point 3.1.1. de la proposition de règlement.

¹⁵⁴¹ H. Gaudemet-Tallon, Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions, *R.M.C.U.E.*, 2000, n° 437, pp. 228-242, spéc. p. 241.

A. Le morcellement du droit international privé de la famille

417. On assiste à une parcellisation¹⁵⁴² du droit international privé de la famille dans la mesure où certaines questions sont encore épargnées par le processus de coordination (2) tandis que les autres sont appréhendées isolément (1).

1. L'appréhension isolée des matières familiales coordonnées

418. Une fois la coordination de la désunion et de la responsabilité parentale opérée, les institutions de l'Union européenne ont relevé la nécessité de poursuivre l'uniformisation du droit international privé de la famille à travers d'autres matières, telles les successions et les régimes matrimoniaux¹⁵⁴³. C'est encore le côté pragmatique de la construction de l'Union européenne qui a dicté son intervention. Celle-ci a en effet été précédée d'études préalables ayant mis en lumière l'importance quantitative des difficultés soulevées par l'absence d'uniformisation du droit international privé dans ces deux matières. Soucieuses de répondre aux besoins concrets des citoyens européens, les institutions normatives de l'Union européenne ont engagé le processus normatif.

419. L'aspect patrimonial de ces matières aurait pu induire une analyse d'ensemble ainsi que le regroupement des deux questions dans un seul et même texte. Si leur coordination a été envisagée simultanément par les instances normatives, ces deux matières ont néanmoins fait l'objet de travaux différents et successifs. L'adoption d'un instrument européen en matière de régimes matrimoniaux et de succession a été suggérée, pour la première fois, dans le plan d'action de Vienne¹⁵⁴⁴. A cette époque, la Commission et le Conseil n'avaient pas exclu l'idée de rassembler les deux matières en raison « du lien existant entre les biens matrimoniaux et le droit des successions »¹⁵⁴⁵. C'est dans le cadre du programme de mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale que les deux institutions normatives envisagent la possibilité d'établir une distinction entre les régimes

¹⁵⁴² Expression employée par J.-S. Bergé, L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois, dans J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruylant, 2003, pp.206-233, spéc. p. 225.

¹⁵⁴³ P. Lagarde, Vers un règlement communautaire du droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions, dans *Pacis Artes, Derecho internacional privado, derecho constitucional y varios, Homenaje al Profesor Julio P. Gonzalez Campos*, U.A.M. Eurolex, 2005, t. 2, pp. 1687-1708.

¹⁵⁴⁴ Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, du 3 décembre 1998, J.O.C.E. n° C 19/1, du 23 janvier 1999.

¹⁵⁴⁵ Voir le § 41. c), p. 10 du plan d'action de Vienne précité.

matrimoniaux et les successions pour l'élaboration des instruments. C'est la raison pour laquelle elles ont examiné les relations qu'entretiennent les régimes matrimoniaux et les successions dans le droit des Etats membres¹⁵⁴⁶. Elles ont ainsi pu constater les divergences de qualification des deux matières au sein de l'Union européenne¹⁵⁴⁷. En effet, trois systèmes s'opposent en matière de relations patrimoniales d'origine familiale. Si certains Etats rattachent les régimes matrimoniaux et les successions au statut personnel¹⁵⁴⁸, d'autres les excluent catégoriquement¹⁵⁴⁹. Entre ces deux systèmes antagonistes, peuvent être cités les Etats qui rapprochent les régimes matrimoniaux du statut des actes juridiques et rattachent les successions au statut réel¹⁵⁵⁰.

Les institutions de l'Union européenne ont fait allusion à ces divergences dans le cadre de l'élaboration du règlement relatif au droit des successions afin d'expliquer la soumission de sa procédure d'adoption au régime de la codécision. Elles ont en effet relevé que la grande majorité des Etats membres, à l'exception des pays nordiques, qualifiait le droit successoral comme une matière distincte du droit de la famille. Elles ont expliqué ensuite que le droit successoral a pour finalité principale de définir les règles de dévolution et de transmission de la succession tandis que le droit de la famille régit surtout les rapports juridiques liés au mariage et à la vie de couple, à la filiation et à l'état civil des personnes. Dégageant ainsi une autonomie suffisante entre ces deux branches du droit civil, elles ont décidé de les traiter séparément¹⁵⁵¹ en vue de les soumettre à une procédure d'adoption différente. Ces divergences de qualification sont sans doute à l'origine de la séparation des deux matières. Cette séparation permet en effet de contourner les difficultés liées à la diversité des qualifications, laquelle risquait de gangréner le processus de coordination. Ces deux matières ont dès lors fait l'objet de livres verts¹⁵⁵² et de propositions de règlement distincts¹⁵⁵³.

¹⁵⁴⁶ Voir le projet de programme des mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale, J.O.C.E. n° C 12/1, du 15 janvier 2001, spéc. I.A.1, p. 3.

¹⁵⁴⁷ Sur un exposé de ces divergences, voir S. Vigand, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, op. cit., spéc. n° 37.

¹⁵⁴⁸ Allemagne, Italie, Portugal, Espagne et Suède.

¹⁵⁴⁹ Royaume-Uni.

¹⁵⁵⁰ France et Belgique.

¹⁵⁵¹ Voir l'exposé des motifs de la 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 succession et à la création d'un certificat successoral européen, COM (2009) 154 final, spéc. 3.1.

¹⁵⁵² Livre vert sur les successions et testaments, COM (2005) 65 final, et livre vert sur le règlement des conflits de lois en matière de régime matrimonial, COM (2006) 400 final.

¹⁵⁵³ 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 succession et à la création d'un certificat successoral européen, COM (2009) 154 final ; 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) 126/2 ; proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi

420. Il faut également relever que la question relative aux aspects patrimoniaux du mariage et du partenariat enregistré a fait l'objet de deux instruments : l'un portant sur les régimes matrimoniaux¹⁵⁵⁴ et l'autre ayant trait au régime patrimonial du partenariat enregistré¹⁵⁵⁵. Cette division est regrettable puisque la majorité des dispositions qu'ils contiennent restent semblables¹⁵⁵⁶. La Commission aurait pu faire l'économie d'un instrument en s'inspirant de la structure du règlement « *Bruxelles II bis* », qui traitait dans des sections différentes la question de la désunion et celle relative à la responsabilité parentale. La Commission justifie cette séparation par deux arguments. Elle s'appuie, dans un premier temps, sur « les particularités¹⁵⁵⁷ propres au mariage et au partenariat enregistré »¹⁵⁵⁸ et sur les différences qu'induisent ces deux formes d'union « dans les principes qui leurs sont applicables »¹⁵⁵⁹. Elle explique, dans un second temps, que « le fait de présenter deux instruments rendra les règles, à appliquer à chaque statut, claires et plus aisément compréhensibles par les citoyens et les professions concernées »¹⁵⁶⁰.

421. Ces raisons spécieuses, axées sur un aspect technique et pratique, sont peu convaincantes et semblent dissimuler une explication d'ordre plutôt politique. Parce que les deux matières relèvent du droit de la famille, les propositions y afférentes sont soumises à la règle de l'unanimité au stade de leur adoption. Or, si le mariage est une institution juridique connue de tous les Etats membres, seuls quatorze Etats membres ont reconnu juridiquement le partenariat enregistré. Cette donnée risque de rendre plus difficile l'adoption de la proposition de règlement relative au partenariat enregistré. Aussi, la commission a-t-elle dû juger plus opportun de séparer les deux matières afin que les difficultés susceptibles d'intervenir, en ce qui concerne l'adoption du règlement relatif au partenariat enregistré, ne constituent pas un

applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, COM (2011) 127/2.

¹⁵⁵⁴ 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) 126/2, 16 mars 2011.

¹⁵⁵⁵ 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) 127/2, 16 mars 2011.

¹⁵⁵⁶ La Commission l'a reconnu ouvertement dans sa Communication au Parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions intitulée « Lever les incertitudes liées aux droits patrimoniaux des couples internationaux », COM (2011) 125 final, 16 mars 2011, spéc. point 4.

¹⁵⁵⁷ La Commission parle de « spécificités de chaque type d'union » dans sa communication « Lever les incertitudes liées aux droits patrimoniaux des couples internationaux », préc., spéc. point 4.

¹⁵⁵⁸ Voir l'exposé des motifs de la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, préc., spéc. point 1.2.

¹⁵⁵⁹ Voir le considérant 8 de 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, préc.

¹⁵⁶⁰ Voir la communication de la Commission, « Lever les incertitudes liées aux droits patrimoniaux des couples internationaux », préc., spéc. point 4.

frein, voire un obstacle, à l'adoption du texte sur les régimes matrimoniaux. Le pragmatisme qui caractérise traditionnellement l'action de l'Union européenne expliquerait ainsi une telle prudence de la Commission.

La communication faite par cette dernière au Conseil trahit cette tactique politique. On peut déceler à travers la rédaction du point 4 que la volonté profonde de la Commission aurait été de regrouper les deux questions dans un même instrument. Elle souligne, en effet, les liens étroits qu'entretiennent les deux propositions et sa volonté de les traiter en tant que « paquet ». Ensuite, le fait d'inviter le Conseil « à suivre cette approche globale », dévoile la crainte de la Commission en ce qui concerne la procédure d'adoption.

422. Ainsi, dans un plus ou moins long terme, le droit international privé européen de la famille devrait être composé d'au moins six règlements ayant une portée spéciale. Le particularisme du droit de la famille eu égard à son profond enracinement dans la culture des Etats membres et, corrélativement, à sa soumission à la règle de l'unanimité explique ce morcellement.

2. Les matières familiales non encore couvertes par la coordination

423. Alors que les instruments de droit international privé de la famille de l'Union européenne se multiplient, on peut constater que certains domaines du droit de la famille n'ont pas été couverts par les instruments existants ou en cours d'adoption. Il ne faut pourtant pas en déduire l'absence de toute intervention du droit de l'Union européenne dans un avenir plus ou moins proche. Les difficultés qu'engendrent ces questions au sein de l'Union européenne **(a)** ainsi que le côté pragmatique et progressif de la construction du droit international privé de l'Union européenne ont provoqué l'ouverture d'un débat sur l'opportunité de coordonner ces matières **(b)**.

a. Les difficultés engendrées par l'absence de coordination européenne

424. Le nom de famille, le mariage, la filiation et l'adoption¹⁵⁶¹ n'ont pas encore fait l'objet de propositions législatives au sein de l'Union européenne. Non seulement ces matières n'ont fait l'objet d'aucune initiative normative, mais les programmes de mise en œuvre de la

¹⁵⁶¹ L'ensemble de ces questions ont été expressément exclues du champ d'application du règlement *Bruxelles II Bis*, voir l'article premier, paragraphe 3.

coopération judiciaire civile¹⁵⁶² n'ont également pas fait explicitement état de la nécessité de les coordonner, pourtant ces questions soulèvent un certain nombre de difficultés.

1°) Le nom de famille

425. Concernant le nom de famille, la Cour de justice de l'Union européenne a déjà été saisie à plusieurs reprises d'affaires soulevant des conflits de lois ayant trait soit à la retranscription¹⁵⁶³, soit à l'attribution du nom de famille¹⁵⁶⁴. Elle a relevé que la diversité des droits nationaux portait atteinte à la liberté d'établissement ou à la libre circulation des personnes. Dans chacune des affaires, la Cour de justice a retenu la loi la plus respectueuse des libertés fondamentales garanties par l'Union européenne, en passant outre les règles de conflit de lois applicables en vertu du droit national du for. Le contrôle juridictionnel de compatibilité des entraves nationales à la liberté de circulation s'apparente ainsi à une règle de « conflit de lois cachée » ayant un « caractère substantiel »¹⁵⁶⁵ dans la mesure où elle privilégie la loi nationale la plus favorable aux objectifs de l'Union européenne. Cette pratique jurisprudentielle a été décriée par la doctrine¹⁵⁶⁶. Elle est en effet peu respectueuse de la diversité des droits nationaux. Aussi la matière mérite-t-elle un débat de fond au sein des institutions normatives de l'Union européenne ainsi que l'adoption de critères de rattachement plus respectueux de la diversité.

2°) Le mariage

426. S'agissant du mariage et plus particulièrement de ses conditions de formation et de ses effets extrapatrimoniaux, les difficultés liées notamment à la reconnaissance des mariages et partenariats homosexuels dans les Etats membres qui ne l'ont pas admis¹⁵⁶⁷ sont susceptibles de soulever l'intérêt des institutions de l'Union européenne¹⁵⁶⁸. Par exemple, en France « le mariage conclu à l'étranger doit être valable tant au regard de la loi du lieu de célébration que de la loi personnelle de chacun des futurs époux qui en régit les conditions de fond »¹⁵⁶⁹ pour être reconnu. Aussi, le mariage homosexuel célébré entre un ressortissant belge ou espagnol¹⁵⁷⁰ et un français ne peut-être reconnu en France. Or cette absence de reconnaissance

¹⁵⁶² Il s'agit tant du programme de Tampere, de La Haye, que celui, plus récent, de Stockholm.

¹⁵⁶³ On fait ici allusion à l'affaire *Konstantinidis* et aux arrêts *Sayn-Wittgenstein* et *Malgožata Runevič-Vardyn*, précités.

¹⁵⁶⁴ Il s'agit de l'arrêt *Garcia Avello* et, plus récemment de l'arrêt *Grunkin-Paul*, précités.

¹⁵⁶⁵ Voir dans ce sens J.-S. Bergé, L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois, dans J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruylant, 2003, pp. 206-233, spéc. p. 210.

¹⁵⁶⁶ J. de Cruz, Attribution du nom et citoyenneté européenne : le droit international privé des Etats membres remis en question par le droit communautaire, article publié sur le site m2bde.u-paris10.fr, 13 juin 2008.

représente un obstacle à la libre circulation du couple au sens de la jurisprudence constante de la CJUE¹⁵⁷¹. Même si le sujet demeure délicat en raison de son profond enracinement culturel et national, l'obstacle que semble représenter la disparité des droits nationaux du mariage sur la libre circulation des personnes rend nécessaire une intervention de l'Union européenne dans un avenir plus ou moins proche¹⁵⁷².

3°) La filiation

427. Il n'existe pas en matière de filiation de conventions internationales. Seules les règles nationales sont dès lors applicables. Or, de nombreux travaux entrepris au sein du Conseil de l'Europe ont mis en évidence la diversité des droits internes tant en ce qui concerne l'établissement et la contestation de la filiation que les conséquences juridiques des nouvelles techniques de procréation sur la filiation¹⁵⁷³. Certains Etats membres de l'Union européenne admettent la pratique « des mères porteuses », tandis que d'autres la prohibent¹⁵⁷⁴. Ces divergences juridiques auxquelles il faut associer la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne incitent au tourisme juridique et conduisent ainsi à la création de situations juridiques boiteuses non conformes à l'intérêt de l'enfant¹⁵⁷⁵. Aussi, l'attention

¹⁵⁶⁷ Voir notamment Rép. Min. n° 1127S, Secrétaire d'Etat chargé des transports : JO Sénat 19 janv. 2011, *Dr. fam.* 2011, n° 3, Alerte n° 19, M. Bruggeman.

¹⁵⁶⁸ Voir notamment la question écrite n° 2306/98 à la Commission européenne, J.O. n° C 135 du 14 mai 1999, p. 40.

¹⁵⁶⁹ Rép. Min. n° 16294, JO Sénat Q, 9 mars 2006, p. 722 : *JCP. N.* 2006. 363, note M. Mignot.

¹⁵⁷⁰ Ces deux pays admettent en effet le mariage de deux personnes de même sexe, alors même que la loi personnelle de l'une d'elles prohibe un tel mariage, dès lors qu'elles justifient d'un lien de proximité avec l'Espagne ou la Belgique. Pour l'Espagne, voir la circulaire DGRN du 29 juillet 2005 sur les mariages civils entre personnes de même sexe, *R.C.D.I.P.* 2005, p. 855, note A. Quiñones Escámez. Pour la Belgique, voir l'article 46 du Code de droit international privé : F. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, Larcier, 2005, 3^e éd., n° 12, p. 48 ; P. Wautelet, *Le Code de droit international privé et les relations matrimoniales internationales*, *Divorce*, 2005, n° 4, p. 49 et s., spéc. p. 52, n° 8.

¹⁵⁷¹ A. Devers, La circulation des statuts du couple dans l'espace européen, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp. 81-108, spéc. p. 84.

¹⁵⁷² Voir le communiqué de presse du Parlement européen intitulé « Des droits plus clairs pour les familles européennes », 1^{er} déc. 2010, Commission des affaires juridiques. Le Parlement envisage d'admettre la reconnaissance des mariages homosexuels. Consultable sur : <http://www.europarl.europa.eu/fr/pressroom/content/20101129IPRO2749/html/Des-droits-plus-clairs-pour-les-familles-europ%C3%A9ennes>

¹⁵⁷³ Voir les actes du XXVII^e colloque de droit européen sur les problèmes juridiques concernant le lien de filiation, La Valette (Malte), 15-17 sept. 1997 ; voir également l'étude sur les droits et le statut juridique des enfants qui sont élevés dans différentes formes maritales et non maritales de partenariat et de cohabitation soumise au CJ-FA par Nigel Lowe, 25 sept. 2009, CJ-FA (2008) 5. Documents consultables sur :

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/CDE\(1997Malte\)F.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/CDE(1997Malte)F.pdf)

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/CJ-FA%20_2008_%205%20F%20Nigel%20Loweupdated25-09-2009updated.pdf

¹⁵⁷⁴ Voir l'étude de législation comparée du Sénat sur la gestation pour autrui, n° 182, 30 janvier 2008.

¹⁵⁷⁵ J.-J. Lemouland, Le tourisme procréatif, *LPA*, 28 mars 2001, n° 62, pp. 24-33 ; J.-P. Ancel, La libre circulation de la famille en Europe, *LPA*, 4 oct. 2007, n° 199, pp. 4-7, spéc. p. 5 ; R. Chendeb, La convention de mère porteuse, *Defr.*, 15 févr. 2008, n° 3, art. n° 38717, pp. 291-303, spéc. p. 297.

récente que l'Union européenne semble porter sur la protection des droits de l'enfant¹⁵⁷⁶ laisse également supposer une intervention future dans ce domaine.

4°) *L'adoption*

428. Contrairement aux autres matières, l'adoption internationale est régie par un instrument international ratifié par l'ensemble des pays de l'Union européenne : il s'agit de la Convention de La Haye¹⁵⁷⁷ sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. L'efficacité, souvent soulignée, de cet instrument rendrait dès lors inutile toute intervention de l'Union européenne en la matière. Cette efficacité a néanmoins été remise en cause dans le cadre de la conférence organisée conjointement par le Conseil de l'Europe et la commission européenne de l'Union européenne sur les enjeux de l'adoption en Europe¹⁵⁷⁸. Au cours de cette conférence, un membre de la Commission européenne a dévoilé les résultats d'une étude qu'elle a commandée¹⁵⁷⁹. Elle souligne le manque de reconnaissance des décisions d'adoption entre les Etats membres et ce alors même qu'ils sont parties à la Convention de La Haye de 1993, exigeant pourtant une reconnaissance automatique. Il y est également fait état des nombreuses plaintes reçues à ce sujet par la Commission et émises par des citoyens européens et des associations. A la lecture des difficultés soulevées par le témoignage d'une citoyenne dont l'expérience atteste de l'insuffisance de la Convention de La Haye¹⁵⁸⁰, il a été conclu à la nécessité d'une action de l'Union européenne en vue de garantir la libre circulation des décisions relatives à l'adoption intra-européenne et de ne pas nuire à la libre circulation des citoyens européens¹⁵⁸¹. Plusieurs solutions ont été formulées, telles que la création d'une agence d'adoption européenne, la reconnaissance directe de l'adoption et la création d'un certificat d'adoption commun à l'Union européenne.

¹⁵⁷⁶ Voir la communication de la Commission, « Vers une stratégie européenne sur les droits de l'enfant », COM(2006)367final, 4 juillet 2006.

¹⁵⁷⁷ Convention conclue le 29 mai 1993 au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé.

¹⁵⁷⁸ Conférence jointe sur « les enjeux dans les procédures d'adoption en Europe : garantir l'intérêt de l'enfant », 30 nov.-1^{er} déc. 2009.

¹⁵⁷⁹ Voir l'intervention de P. De Luca sur les résultats de l'étude menée par la commission européenne, consultable en anglais sur :

<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Adoption%20conference/Presentation%20DE%20LUCA.pdf>

¹⁵⁸⁰ Voir l'intervention de B. Toth sur l'expérience d'un parent adoptif : le manque de reconnaissance des décisions d'adoption, obstacle à la libre circulation des personnes dans l'Union européenne, consultable sur :

<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Adoption%20conference/Presentation%20DE%20TOTH.pdf>

¹⁵⁸¹ Voir les remarques finales de S. Saastamoinen, membre de la Commission européenne, consultables sur :

<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Adoption%20conference/Presentation%20DE%20Saastamoinen.pdf>

b. L'ouverture d'un débat

429. Ces sujets ont été évoqués au sein de l'Union européenne par l'intermédiaire de la question de la reconnaissance des documents de l'Etat civil. Parce que les Etats membres appliquent en la matière leurs règles nationales, les actes d'Etat civil constatant la filiation, l'adoption, le nom ou le mariage des citoyens européens dans l'Etat d'origine ne produisent pas nécessairement d'effets dans les autres Etats membres. Sensibilisée dès 2004 aux difficultés soulevées par la diversité des législations nationales¹⁵⁸², la Commission a publié deux études sur le sujet¹⁵⁸³ et, encouragée par le Conseil européen dans le cadre du programme de Stockholm¹⁵⁸⁴, a lancé une large consultation sur les questions couvrant notamment la reconnaissance des effets des actes de l'Etat civil par le biais d'un livre vert publié le 14 décembre 2010¹⁵⁸⁵. La Commission entend garantir à tout citoyen européen exerçant son droit à la libre circulation la continuité et la permanence de son Etat civil en permettant la reconnaissance transfrontière des actes de l'Etat civil. Pour ce faire, elle propose trois politiques : assister les autorités nationales dans la recherche de solutions pratiques, assurer la reconnaissance de plein droit d'une situation juridique créée dans un autre Etat membre ou uniformiser les règles de conflit de lois. La consultation a été clôturée le 30 avril 2011 et doit mener à une proposition législative en 2013.

¹⁵⁸² Communication intitulée « Espace de liberté, de sécurité et de justice : bilan du Programme de Tampere et futures orientations, COM (2004) 401, spéc. p. 11.

¹⁵⁸³ The use of public documents in EU, 2007 et Comparative study on the legislation of the Member States of the European Union on civil status, practical difficulties encountered in this area by citizens wishing to exercise their rights in the context of a European area of justice in civil matters and the options available for resolving these problems and facilitating citizens' live, 2008. Etudes consultables sur:

http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/publications_en.htm#5

¹⁵⁸⁴ Le Programme de Stockholm-Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, J.O. n° C 115/1 du 4 mai 2010.

¹⁵⁸⁵ Livre vert intitulé « Moins de démarches administratives pour les citoyens : promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'Etat civil », COM (2010) 747 final.

B. Les inconvénients du morcellement

430. De nombreux auteurs¹⁵⁸⁶ dénoncent le « dépeçage des situations juridiques »¹⁵⁸⁷ ainsi que la succession trop rapide des textes¹⁵⁸⁸ qui serait source d'incohérence et d'éclatement des procédures (1) mais aussi d'insécurité juridique¹⁵⁸⁹ (2).

1. Le risque d'incohérence et d'éclatement des procédures

431. Le morcellement du droit international privé de la famille est une nécessité. Le particularisme de la matière ainsi que la dimension pragmatique de la construction de l'Union européenne le rendent inévitable. Contrairement au droit civil des contrats et de la consommation, le droit de la famille reflète la tradition culturelle des Etats membres. Ces derniers sont donc très attachés à défendre leur modèle familial dans le cadre des négociations. Ce côté exacerbé des particularismes rend difficile et long tout accord sur une solution commune. Aussi, confrontées aux attentes de plus en plus pressantes des citoyens européens, les institutions de l'Union européenne n'ont eu d'autres choix que d'opter pour la méthode dite « des petits pas »¹⁵⁹⁰. En l'absence de toute intervention, l'Union européenne se serait vue reprocher son manque d'intérêt pour les préoccupations de ses citoyens. Le morcellement du droit international privé constitue donc un moindre mal.

432. Pour certains, la fragmentation du droit international privé de la famille serait génératrice d'incohérence¹⁵⁹¹ et poserait « de délicats problèmes de délimitation des champs d'application respectifs »¹⁵⁹². Cette affirmation doit être réfutée. On a en effet relevé que les rédacteurs prennent de multiples précautions en vue de limiter le risque d'incohérences. D'une part, les autorités normatives s'attachent à définir de manière autonome les notions-clés

¹⁵⁸⁶ Voir notamment H. Gaudemet-Tallon, Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions, *R.M.C.U.E.*, 2000, n° 437, pp. 228-242, spéc. p. 241.

¹⁵⁸⁷ Expression employée par B. Audit, Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul, *R.I.D.C.*, 1998, vol. 50, n° 2, pp. 421-448, spéc. p. 422.

¹⁵⁸⁸ H. Gaudemet-Tallon, Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel), *R.C.A.D.I.*, 2005, t. 312, spéc. p. 164.

¹⁵⁸⁹ Voir dans ce sens R. Savatier, Le droit et l'accélération de l'histoire, *D.* 1950, chron., p. 419. Selon R. Savatier, « quand la loi et le droit changent trop souvent, toute sécurité disparaît pour les justiciables. Le juriste a le sentiment qu'on le livre alors à l'imprévu et au hasard. Il ne se trompe pas ».

¹⁵⁹⁰ C. Nourissat, Les relations entre droit communautaire et droit de la famille, *G.P.*, 7-8 juillet 2006, pp. 25-28, spéc. p. 26.

¹⁵⁹¹ Voir dans ce sens Y. Lequette, Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales, *R.C.A.D.I.*, 1994, II, 11, t. 246 ; S. Poillot-Peruzzetto, Les enjeux de la communautarisation, dans H. Fulchiron et C. Nourissat, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 13-37, spéc. pp. 20 et 21.

¹⁵⁹² H. Gaudemet-Tallon, Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel), *R.C.A.D.I.*, 2005, t. 312, spéc. p. 168.

permettant de délimiter avec précision le champ d'application des différents instruments. Le règlement *Bruxelles II Bis* définit notamment dans son deuxième article la responsabilité parentale, le droit de visite et le droit de garde. La responsabilité parentale s'entend par exemple, au sens du règlement *Bruxelles II Bis*, comme l'ensemble des droits et obligations conférées à une personne physique ou une personne morale sur la base d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur à l'égard de la personne ou des biens d'un enfant. La proposition de règlement relative aux successions prévoit également dans son deuxième article une définition des successions à cause de mort¹⁵⁹³. Les dernières propositions de règlement en date du 16 mars 2011 ont défini les notions de régime matrimonial¹⁵⁹⁴ et de partenariat enregistré¹⁵⁹⁵.

433. Les institutions normatives veillent, d'autre part, à ce que les textes ne se chevauchent pas. Chaque instrument prend soin d'exclure de son champ d'application les matières qui font l'objet d'autres textes¹⁵⁹⁶. A titre d'exemple, le considérant 11 du règlement *Bruxelles II Bis* précise notamment que les obligations alimentaires sont exclues du champ d'application du présent règlement parce qu'elles sont déjà régies par le règlement (CE) n° 44/2001. La proposition de règlement relative aux successions écarte les obligations alimentaires, mais aussi les questions relevant du régime matrimonial et du régime patrimonial applicable aux relations qui ont des effets comparables au mariage¹⁵⁹⁷. Les propositions de règlement relatives aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux du partenariat enregistré excluent de leur champ d'application les obligations alimentaires et les droits successoraux des conjoints ou partenaires survivants¹⁵⁹⁸.

434. Les textes ou projets témoignent, en outre, d'un effort de regroupement des matières intimement liées. La question de la désunion et de la responsabilité parentale ont été réunies dans un seul texte en raison du lien existant entre les deux. Si les institutions de l'Union

¹⁵⁹³ COM (2009) 154.

¹⁵⁹⁴ Voir art. 2 a) de la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, COM (2011) 126/2.

¹⁵⁹⁵ Voir art. 2 b) de 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) 127/2.

¹⁵⁹⁶ Le considérant 10 du règlement *Bruxelles II* excluait expressément de son champ d'application les questions ayant trait aux effets patrimoniaux du mariage et les obligations alimentaires.

¹⁵⁹⁷ Voir l'art. 1^{er}, point 3 de la proposition.

¹⁵⁹⁸ Art. 1 §3 b) et d) de la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, préc. ; Art. 3 c) et e) de 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, préc.

européenne s'étaient résignées à limiter le nouvel instrument de coordination à la reconnaissance et à l'exécution des seules questions relatives au divorce, deux délégations nationales¹⁵⁹⁹ ont souligné, à l'appui d'une étude comparative, la nécessité de prendre aussi en considération la question de la responsabilité parentale¹⁶⁰⁰. Ces délégations ont en effet démontré la complémentarité des deux questions en relevant que le juge du divorce avait également compétence pour connaître de la responsabilité parentale dans le droit de divers Etats membres¹⁶⁰¹.

435. On peut constater que les règles de coordination choisies dans chacune des matières familiales diffèrent. La même observation doit néanmoins être faite concernant les sources internationales de La Haye. La particularité de chaque question appelle en effet l'établissement de règles distinctes. Certains auteurs craignent que ce morcellement du droit international privé de la famille conduise à un éclatement des procédures, c'est-à-dire contraigne les plaideurs à dépecer leur procès en des actions multiples portées devant des tribunaux d'Etats différents¹⁶⁰². Ils prennent pour exemple le procès en divorce. Il est vrai que le prononcé du divorce entraîne un certain nombre de conséquences ayant trait à la garde des enfants communs, aux obligations alimentaires y afférentes et à la liquidation du patrimoine matrimonial. Or chaque question relève de règles de compétence internationale différentes qui peuvent aboutir à la désignation de juridictions d'Etats membres différents. Cette situation semble peu confortable pour les citoyens européens, qui, contraints de multiplier les actions, cumuleront les frais de justice. La parcellisation du droit international privé de la famille pose donc un problème d'accès à la justice, que l'Union européenne présente pourtant comme un droit fondamental européen.

436. L'adoption d'une seule règle de rattachement pour l'ensemble des matières familiales, à l'instar de celle adoptée en matière contractuelle, est irréalisable. L'adoption de ces règles est encore le fruit de longs compromis entre les traditions nationales de chaque Etat membre. Il convient néanmoins de souligner dès à présent que ces différentes règles répondent dans le fond à une même logique et donnent dès lors une certaine cohérence à la construction du droit

¹⁵⁹⁹ Il s'agit des délégations espagnoles et françaises.

¹⁶⁰⁰ Voir le rapport explicatif de la Convention de *Bruxelles II*, spéc. I. point 8, p. 31.

¹⁶⁰¹ A. Marmisse, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, op. cit., spéc. p. 325.

¹⁶⁰² Voir notamment P. Lagarde, *Le nouveau règlement Bruxelles II. Introduction et champ d'application*, article consultable sur : <http://cerme.free.fr/pdf/loi/bruxellesIIbis.pdf>, spéc. pp. 4 et 5.

international privé de la famille au sein de l'Union européenne¹⁶⁰³. Les rédacteurs du Règlement (CE) n° 44/2001 ont tenu compte du lien accessoire qui peut exister entre une action relative à l'état des personnes, telle l'attribution de la responsabilité parentale, et une action tendant au paiement d'une pension alimentaire. Aussi ont-ils prévu, dans cette hypothèse, une règle de compétence spéciale¹⁶⁰⁴ procédant à une concentration des compétences¹⁶⁰⁵. En effet, cette règle, qui a d'ailleurs été reprise dans les dispositions générales du règlement n° 4/2009¹⁶⁰⁶, attribue compétence aux autorités du même Etat pour statuer sur les deux questions¹⁶⁰⁷.

437. Les autorités normatives de l'Union européenne ont également tenu compte du lien accessoire existant entre le prononcé de la désunion et l'aménagement des modalités d'exercice de la responsabilité parentale. Le règlement *Bruxelles II Bis* ouvre droit, sous certaines conditions, à une prorogation de compétence en faveur du for du divorce, de l'annulation du mariage ou de la séparation de corps en matière de responsabilité parentale. L'article 12 du règlement permet, en effet, au juge de la désunion de statuer aussi sur la garde des enfants si au moins l'un des époux exerce la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant, si cette prorogation a été acceptée par les époux et les titulaires de la responsabilité parentale et si cette compétence sert l'intérêt supérieur de l'enfant. Aussi, peut-on dire que la combinaison de l'ensemble de ces textes rend possible la concentration des contentieux liés à la désunion, à la responsabilité parentale et aux obligations alimentaires y afférentes¹⁶⁰⁸.

438. Poursuivant cette logique, les autorités normatives ont maintenu une certaine cohérence entre les futures règles de compétence judiciaire en ce qui concerne les régimes matrimoniaux et patrimoniaux et celles relatives au divorce et aux successions¹⁶⁰⁹. En effet, pour permettre aux citoyens européens de voir les différentes procédures liées traitées par les juridictions d'un même Etat membre, les propositions de règlement du 16 mars 2011 assurent

¹⁶⁰³ Voir *infra*, n° 464 et s.

¹⁶⁰⁴ Article 5, 2) du règlement n° 44/2001.

¹⁶⁰⁵ S. Corneloup, Les règles de compétence relatives à la responsabilité parentale, dans H. Fulchiron et C. Nourissat, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, *op. cit.*, pp. 69-84, spéc. p. 71.

¹⁶⁰⁶ Art. 3, c) et d) du règlement n° 4/2009.

¹⁶⁰⁷ Voir le considérant 11 du règlement *Bruxelles II Bis*; Voir également le livre vert sur les obligations alimentaires, spéc. point 5.1.1, p. 14.

¹⁶⁰⁸ S. Corneloup, Les règles de compétence relatives à la responsabilité parentale, dans H. Fulchiron et C. Nourissat, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, *op. cit.*, spéc. p.78.

¹⁶⁰⁹ Voir le livre vert relatif aux régimes matrimoniaux, COM (2006) 400. D. Boulanger, Régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Deux propositions de règlements de l'Union, *JCP, N*, 2011, n° 14-15, act. n° 359, spéc. p. 7.

la concordance des règles déterminant la compétence des tribunaux appelés à connaître des aspects patrimoniaux des unions avec les règles déjà existantes ou envisagées dans les autres matières familiales¹⁶¹⁰. Aux termes des articles 3 et 4 des deux propositions, le juge saisi d'une procédure relative à la désunion du couple ou à la succession de l'un de ses membres voit sa compétence étendue à la liquidation du patrimoine du couple.

2. Le risque d'insécurité juridique

439. Il faut en outre admettre que l'addition de textes différents pour une même matière engendre une certaine insécurité juridique et ne facilite pas la tâche des juridictions nationales chargées d'appliquer ces textes¹⁶¹¹. On en veut pour preuve l'exemple du *Règlement Bruxelles II* qui a été très vite remplacé par le règlement *Bruxelles II Bis* et dont les règles transitoires ont soulevé quelques difficultés d'application par les juridictions du fond¹⁶¹². Si les juridictions internes ont encore du mal à maîtriser les rouages du droit international privé¹⁶¹³ et de l'application de la loi dans le temps, la tâche est encore plus ardue pour les citoyens européens. Ils s'exposent en effet à une incertitude juridique quant à l'issue de leur litige face au foisonnement des textes. Certains praticiens s'inquiètent de l'« incertitude jurisprudentielle [que génère] ce maquis de textes »¹⁶¹⁴. Aussi, si l'adoption d'un seul instrument pour l'ensemble des matières familiales est encore inconcevable à ce stade de la construction de l'Union européenne, il serait bienvenu de la part des instances normatives de l'Union européenne de prendre leur temps dans la rédaction des textes afin d'éviter leur

¹⁶¹⁰ Voir l'exposé des motifs des propositions de règlement précitées, spéc. point 5.2. ; voir également la communication de la Commission « Lever les incertitudes liées aux droits patrimoniaux des couples internationaux », COM (2011) 125 final, spéc. point 6.1.

¹⁶¹¹ Voir dans ce sens A. Borrás, *Bruxelles II*, dans le document *Droit civil, coopération judiciaire européenne* du Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, 2004, pp. 52-73, spéc. p. 55. Document consultable sur : http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/librairie/PDF/DroitCivilWEB_FR.pdf; voir également A. Bottiau, *Divorce international : conflits de juridictions et textes communautaires*, *R.L.D.C.*, 2005, n° 19, 786, pp. 32-37.

¹⁶¹² Voir à titre d'exemple Ccass. Civ. 1^{re}, 24 sept. 2008, pourvoi n° 07-20248. Dans cette affaire on peut constater non seulement les difficultés des juges du fond à déterminer le règlement applicable au litige, mais aussi leurs difficultés à maîtriser les règles que ces textes ont établi. En effet, non seulement les juges du fond ont appliqué à l'espèce le règlement « *Bruxelles II Bis* » en lieu et place du règlement « *Bruxelles II* », mais ils ont également établi une hiérarchie entre les critères de compétence énoncés alors que la formulation de l'article du règlement « *Bruxelles II* » en fait des critères alternatifs, exclusifs dès lors de toute idée de hiérarchie.

¹⁶¹³ Voir par exemple *C.A. Paris*, 19 déc. 2002 : *J.D.I.*, 2003, pp. 811-827, note A. Boiché. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris a infirmé partiellement l'ordonnance de non-conciliation du juge aux affaires familiales de Paris pour ne pas avoir contrôlé sa compétence d'office par application de l'art. 9 du règlement (CE) n° 1347/2000 et avoir corrélativement méconnu les règles de litispendance énoncées dans l'art. 11 du même règlement. Voir également A. Boiché, *L'articulation des règles du nouveau droit communautaire du divorce avec les règles nationales de compétence directe*, *G.P.*, 27- 28 mai 2005, doct., pp. 1641-1644.

¹⁶¹⁴ E. Deflers, *La famille en Europe*, *L'Obs. de Brux.*, 2007, n° 67, pp. 8-9, spéc. p. 9.

prolifération et ainsi remédier à la « frénésie »¹⁶¹⁵ qui semble affecter la coordination du droit de la famille.

440. Parce que le droit international privé de l'Union européenne semble tendre à couvrir l'ensemble du droit de la famille, il s'avérerait en outre opportun de regrouper les instruments actuels et futurs dans un seul document par le biais, notamment, d'un code européen de droit international privé¹⁶¹⁶ de la famille. Il serait également judicieux d'y intégrer tous documents¹⁶¹⁷ et arrêts pertinents permettant d'éclairer tout intéressé sur la signification des textes codifiés. Ce code aurait ainsi pour principal avantage de faciliter l'accès aux sources du droit de l'Union européenne au profit non seulement des citoyens européens, mais aussi des praticiens, et favoriserait, dès lors, la sécurité juridique¹⁶¹⁸. Cette considération est d'autant plus opportune que la sécurité juridique est l'un des objectifs fondamentaux de l'Union européenne. C'est d'ailleurs ce même principe qui a dicté une autre évolution du droit international privé de l'Union européenne en ce qui concerne les techniques de coordination.

¹⁶¹⁵ C. Nourissat, *Droit civil de l'Union européenne (1^{er} semestre 2003)*, D. 2003. 2455.

¹⁶¹⁶ Voir dans ce sens M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé*, Dalloz, 2009 ; Voir également les actes du colloque de Toulouse, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, 17-18 mars 2011.

¹⁶¹⁷ On fait ici allusion aux rapports explicatifs, tels le rapport Jenard et le rapport A. Borrás, mais aussi au guide pratique sur l'application du règlement *Bruxelles II Bis*.

¹⁶¹⁸ M. Fallon, Les conditions d'un code européen de droit international privé, dans M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé*, *op. cit.*, pp. 1-34, spéc. p. 1.

Section 2 : La communautarisation progressive des techniques de coordination

441. Le droit international privé organise traditionnellement la coordination des droits par le biais de la technique conflictuelle. Parmi les règles de conflit, on distingue les règles de conflit de juridictions et les règles de conflit de lois. Les premières regroupent les questions concernant soit la compétence du juge d'origine soit la reconnaissance ou l'exécution d'une décision étrangère par le juge requis. Les secondes consistent à déterminer la loi applicable à une situation juridique internationale. Si le droit de l'Union européenne a initialement limité la coordination des droits nationaux en matière familiale à la technique des règles de conflit de juridictions (§1), il a de plus en plus recours à celle des règles de conflit de lois (§2).

§1. Une communautarisation initialement limitée aux règles de conflit de juridictions

442. Les règles de conflit de lois ont été initialement exclues du processus de coordination du droit de la famille (A). Alors que les institutions de l'Union européenne sont restées silencieuses quant à cette absence des règles de conflit de lois, il convient de faire la lumière sur cette exclusion (B).

A. L'absence initiale de règles de conflit de lois

443. L'article 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁶¹⁹ tel qu'issu du Traité de Lisbonne énonce les mesures qui peuvent être prises par les autorités normatives en vue d'assurer la coopération judiciaire civile. Parmi ces mesures figurent celles visant à assurer la reconnaissance mutuelle et l'exécution entre les Etats membres des décisions judiciaires et extrajudiciaires¹⁶²⁰, ainsi que celles tendant à favoriser la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflits de lois et de compétence¹⁶²¹. Celles-ci figuraient déjà dans l'article 65 du Traité CE¹⁶²² tel qu'il était issu du Traité d'Amsterdam. La formulation du texte n'excluant pas la matière familiale, les instances

¹⁶¹⁹ J.O. n° C 83/47, du 30 mars 2010.

¹⁶²⁰ Art. 81. §2. a) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹⁶²¹ Art. 81. §2. c) du TFUE.

¹⁶²² Voir l'ex-art. 65 a) et b) du Traité CE.

normatives de l'Union européenne ont très vite envisagé de prendre de telles mesures dans ce domaine¹⁶²³.

444. Les premiers instruments adoptés par l'Union européenne en matière de droit international privé de la famille se sont néanmoins cantonnés à énoncer des règles de compétence judiciaire internationale, de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères. En effet, ni le règlement (CE) n° 44/2001¹⁶²⁴, ni les règlements (CE) n° 1347/2000¹⁶²⁵ et n° 2201/2003¹⁶²⁶ ne comportent de règles de conflits de lois concernant les obligations alimentaires et la matière matrimoniale. Pourtant, les juridictions de l'Union européenne ont été très tôt confrontées à des questions de conflit de lois concernant l'attribution d'obligations alimentaires dans le cadre particulier de l'application du statut des fonctionnaires de l'Union européenne.

445. La CJUE a formulé, dans deux affaires distinctes, des règles de conflit de lois qui ont fait l'objet de critiques doctrinales en raison du manque de précision apporté sur le critère de rattachement utilisé par les juges de l'Union pour désigner la loi applicable¹⁶²⁷. Dans l'arrêt *Meinhardt*¹⁶²⁸, l'épouse divorcée d'un fonctionnaire de l'Union européenne, alors décédé, demandait la répartition de la pension de survie allouée par le statut des fonctionnaires entre elle et la veuve de son ex-époux. L'article 28 de l'annexe VIII du Statut des fonctionnaires prévoyait, d'une part, que la répartition s'opérait au prorata de la durée respective des mariages et, d'autre part, que le montant revenant à l'épouse divorcée ne pouvait excéder celui de la pension alimentaire qui lui a été accordé par le jugement prononçant le divorce. La CJCE a alors jugé que l'existence et le montant de l'obligation alimentaire après divorce

¹⁶²³ Voir le projet de programme des mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale, J.O. n° C 012/1 du 15 janvier 2001 ; Voir le plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, adopté le 3 février 1998, par le Conseil justice et affaires intérieures, J.O. n° C 019/1 du 23 janvier 1999, point 41.

¹⁶²⁴ 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, J.O. n° L 012/1, du 16 janvier 2001.

¹⁶²⁵ Règlement CE n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, à la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, J.O. n° L 160/19, du 30 juin 2000.

¹⁶²⁶ 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, J.O. n° L 338/1 du 23 décembre 2003.

¹⁶²⁷ Voir C. Kohler, *La Cour de justice des Communautés européennes et le droit international privé*, T.C.F.D.I.P., 1993-1995, pp. 71-87, spéc. pp. 79-81.

¹⁶²⁸ CJCE, *Meinhardt c. Commission*, 17 mai 1972, aff. 24/71, Rec. p. 269.

devait être déterminé selon la loi qui régit les effets du divorce c'est-à-dire, en l'espèce, la loi allemande de nationalité commune des époux et du pays où le divorce avait été prononcé¹⁶²⁹.

Dans l'arrêt *Khoury*¹⁶³⁰, une fonctionnaire de l'Union européenne sollicitait le bénéfice d'un avantage prévu par le statut des fonctionnaires en raison de la prise en charge de son neveu. La Commission avait rejeté sa demande au motif qu'en droit belge les liens collatéraux n'ouvrent pas de droits à une obligation alimentaire légale. Le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) a jugé que le contenu et la portée de l'obligation alimentaire légale devait être appréciée à la lumière des règles de conflit de lois applicables par la juridiction compétente, à savoir la juridiction belge¹⁶³¹. Faute de pouvoir déceler, tant dans le droit international privé belge que dans la pratique jurisprudentielle belge, une règle de conflit claire et précise permettant de déterminer la loi applicable aux relations d'ordre alimentaire entre collatéraux¹⁶³², le TPICE a lui-même formulé une règle de conflit en « s'inspirant de la méthode du groupement des points de contact »¹⁶³³. En effet, parce que la requérante était de nationalité belge et qu'elle et son neveu résidaient en Belgique, le TPICE a retenu la loi belge pour apprécier si elle se trouvait grever d'une obligation alimentaire légale envers son neveu¹⁶³⁴.

446. Par ailleurs, la Convention de Rome du 19 juin 1980¹⁶³⁵, alors seul instrument de droit civil applicable entre Etats membres de l'UE et comportant des règles de conflit de lois excluait de son champ d'application les droits et devoirs découlant des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance y compris les obligations alimentaires envers les enfants non légitimes¹⁶³⁶. Aussi peut-on affirmer que la coordination du droit de la famille a une nouvelle fois fait l'objet d'un traitement différencié au sein de l'Union européenne par rapport aux autres matières du droit civil. Cette distinction aurait mérité une explication, mais les rédacteurs sont restés muets sur ce point. Aucune justification n'a été formulée dans l'exposé des motifs des règlements concernés.

¹⁶²⁹ Voir les considérants 6 et 10 de l'arrêt *Meinhardt*.

¹⁶³⁰ TPICE, *Khoury c. Commission*, 18 déc. 1992, aff. T- 85/91, Rec. II-2637,

¹⁶³¹ Voir le § 36 de l'arrêt *Khoury*. Voir dans le même sens, TPI, *Díaz García c. Parlement européen*, 18 déc. 1992, aff. T- 43/90, Rec. II-2619, § 38 à 40.

¹⁶³² Voir § 39 de l'arrêt *Khoury*.

¹⁶³³ S. Vigand, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, op. cit., spéc. n° 7.

¹⁶³⁴ Voir § 40 de l'arrêt *Khoury*.

¹⁶³⁵ J.O. n° L 266/1, du 9 oct. 1980. Cette convention a été reformatée et modernisée par le règlement CE n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit règlement *Rome I*, J.O. n° L 177/6, du 4 juillet 2008.

¹⁶³⁶ Art. 1 paragraphe 2 b) de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

B. Les tentatives d'explications

447. Dans le silence des textes et des institutions, la doctrine a avancé plusieurs raisons à l'absence initiale de règles de conflit de lois. Pour certains, le principe de subsidiarité pourrait expliquer l'exclusion des règles de conflit de lois. Il est communément admis que « les spécificités des droits substantiels internes sont "projetées" en droit international privé [puisque] les politiques législatives menées en droit interne le sont également en droit international privé »¹⁶³⁷. Aussi, parce qu'elles sont intimement liées au fond du droit, les règles de conflit de lois doivent échapper à la compétence de l'Union européenne au même titre que le droit de la famille substantiel¹⁶³⁸.

Pour d'autres, les règles de compétence internationales suffisent à répondre au besoin de sécurité juridique des citoyens ainsi qu'à la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle¹⁶³⁹. Les instruments européens de coordination du droit international privé de la famille sont qualifiés de « traités doubles » dans la mesure où ils contiennent des règles de compétence directe et des normes régissant la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères. A l'heure des premiers instruments, l'existence de règles de conflit de compétence directe constituait une innovation¹⁶⁴⁰. Les conventions internationales ayant trait au droit international privé de la famille se limitaient en effet, à cette époque, à la reconnaissance et à l'exécution de décisions étrangères et donc à un contrôle de compétence indirect par le juge de l'Etat requis. Or il est communément admis que l'absence de règles de compétence directe liant les Etats parties laisse subsister une certaine insécurité juridique puisque la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées à l'étranger¹⁶⁴¹ au motif soit de l'incompétence du tribunal d'origine soit de l'existence de deux décisions contradictoires

¹⁶³⁷ S. Vigand, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, op. cit., spéc. n° 86.

¹⁶³⁸ M. Fallon, Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, L'expérience de la Communauté européenne, *Rec. Cours Acad. La Haye*, 1995, t. 253, p. 13 et s., spéc. p. 159 ; H. Gaudemet-Tallon, De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union européenne, dans *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhaes Collaço*, Almedina, 2002, pp. 159-185, spéc. pp. 175-185 ; G. Lardeux, La révision du règlement *Bruxelles II « bis »* : perspectives communautaires sur les désunions internationales, *D.* 2008. Chron. 795, spéc. p. 801 ; I. Barrière Brousse, Le Traité de Lisbonne et le droit international privé, *J.D.I.*, 2010, pp. 3-34, spéc. p. 26.

¹⁶³⁹ S. Poillot Peruzzetto, Les enjeux de la communautarisation, dans H. Fulchiron et C. Nourissat, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 13-37, spéc. pp. 22 et 23 ; V. Heuzé, D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois, *JCP. G.* 2008. I. 166, spéc. p. 23 ; H. Gaudemet-Tallon, Quel droit international privé pour l'Union européenne, dans *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Transnational Publishers, Ardsley, 2001, pp. 317-338, spéc. p. 335.

¹⁶⁴⁰ Voir le rapport relatif à la Convention de *Bruxelles II*, spéc. II. Points 13.A. et 16.

¹⁶⁴¹ G. Moir et P. R. Beaumont, Brussels Convention II : a new private international law instrument in family matters for the European Union or the European Community?, *E.L.Rev.* 1995, 20(3), pp. 268-288, spéc. p. 271.

rendues par les juridictions de différents Etats membres. L'adoption de règles de compétence directe se présente dès lors comme un préalable indispensable à la confiance mutuelle facilitant dès lors la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères¹⁶⁴².

448. Si l'utilité des règles de compétence internationale a fait l'unanimité au sein de l'opinion doctrinale, celle des règles de conflit de lois est très décriée. Les partisans de l'inutilité de règles de conflit de lois uniformes prennent pour argument la différence qui oppose en Europe les systèmes juridiques des Etats membres en ce qui concerne les techniques de coordination. En effet, si le droit international privé de certains pays¹⁶⁴³ complète les règles de compétence directe par des règles de conflit de lois, pour d'autres pays¹⁶⁴⁴, il se contente de formuler des règles de conflit de juridictions¹⁶⁴⁵. Ainsi, les premiers ne s'opposent pas à l'application de dispositions étrangères tandis que les seconds préfèrent appliquer la loi du for. Cette dichotomie a été présentée comme un éventuel obstacle à l'uniformisation du droit international privé de la famille¹⁶⁴⁶. Le fait que certains Etats se contentent de règles de compétence remet en cause l'utilité¹⁶⁴⁷ de cette uniformisation étant donné que le fonctionnement de ces systèmes juridiques a démontré que l'absence de règles de conflit de lois n'empêchait pas la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères.

449. Le phénomène actuel de communautarisation des règles de conflit de lois en matière familiale permet d'avancer une autre explication. Le cantonnement initial aux règles de conflit de juridictions est une illustration manifeste de la politique « des petits pas ». Le contexte juridique international a sans doute conduit les autorités normatives de l'Union européenne à juger plus prudent de ne pas procéder d'emblée à la communautarisation des règles de conflit de lois en matière familiale. Il faut en effet rappeler que les premiers règlements ayant trait au droit international privé de la famille sont issus du reformatage de conventions adoptées par le biais d'une coopération intergouvernementale. Aussi, les autorités normatives de l'Union européenne y ont-elles constaté l'absence de règles de conflits de lois et donc certainement

¹⁶⁴² A. Marmisse, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, PULIM, 2000, spéc. pp. 26 et 27.

¹⁶⁴³ La France, la Belgique.

¹⁶⁴⁴ La Suède, le Danemark, le Royaume-Uni et l'Irlande.

¹⁶⁴⁵ Pour un aperçu sur cette division des systèmes juridiques européens en droit international privé, voir J.-M. Bischoff, *Droit international privé. Rapport général*, dans *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, Travaux de l'Association Henri Capitant, journées turques, 1988, t.XXXIX, *Economica*, p. 397, spéc. pp. 406 et s.

¹⁶⁴⁶ S. Vigand, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, op. cit., spéc. n° 29 et 30.

¹⁶⁴⁷ S. Vigand, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, op. cit., spéc. n° 134 et s.

déduit le fait que les Etats membres n'étaient pas encore prêts à franchir cette étape. Sans doute ont-elles également tiré enseignement de l'échec¹⁶⁴⁸ des conventions de La Haye énonçant des règles de conflit de loi en matière familiale¹⁶⁴⁹. La communautarisation des règles de compétence se présente ainsi comme une étape de mise en confiance des Etats membres redoutant la communautarisation de matières relevant de leur compétence propre telles que le droit de la famille. Elle a été un préalable décisif quant à l'acceptation de la communautarisation des règles de conflit de loi par les Etats membres. Il semble qu'elle ait conduit les Etats membres à se rendre compte de la nécessité d'une coordination des règles de conflit de loi complémentaire à celle des règles de conflit de juridiction¹⁶⁵⁰. Ce qui permet une nouvelle fois de relever le côté pragmatique de la construction de l'Union européenne.

§2. Une communautarisation étendue aux règles de conflit de lois

450. La communautarisation des règles de conflit de lois en matière familiale n'est guère surprenante puisqu'elle était envisagée dès l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam et rendue encore plus pressante par le Programme de La Haye¹⁶⁵¹. Les autorités normatives ont ainsi multiplié les initiatives en faveur d'une uniformisation des règles de conflit de lois en matière familiale depuis 2004. Les premiers domaines concernés par ce mouvement sont ceux ayant déjà fait l'objet d'une coordination par le moyen des règles de conflit de compétence : il s'agit des obligations alimentaires et du divorce. Plusieurs arguments ont été développés en faveur de l'introduction de règles de conflits de lois dans ces domaines **(A)**. Ces dernières représentent un intérêt tel qu'elles sont désormais systématiquement intégrées dans les instruments qui coordonnent la matière familiale **(B)**.

¹⁶⁴⁸ P. Guez, L'avenir du droit international privé communautaire de la famille, dans J.-S. Bergé et I. Omarjee, L'avenir du droit européen : le droit de la famille, chronique de droit européen n° IX, *LPA*, 2006, n° 221, pp. 17-20, spéc. p. 17.

¹⁶⁴⁹ Il s'agit de la Convention de 1965 comportant des règles de conflit de lois en matière d'adoption, la Convention du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions, la convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, la convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages et celle du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux et la convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Voir le Recueil des Conventions 1951-2009 de la Conférence de La Haye de droit international privé.

¹⁶⁵⁰ Sur la nécessité de compléter l'uniformisation des règles de conflit de juridictions par celle des conflits de lois voir G. Droz, La codification du droit international privé des successions. Perspectives nouvelles, *T.C.F.D.I.P.*, 1966-1969, pp. 319-352, spéc. p. 334.

¹⁶⁵¹ Voir le point 3.4.2. du « Programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne », J.O. n° C 53/1, du 3 mars 2005.

A. Les arguments en faveur de l'introduction de règles de conflit de lois

451. Les autorités normatives présentent la règle de conflit de lois comme un facteur de sécurité juridique (1) et un moyen juridique efficace de lutte contre le *forum shopping* (2), autant de vecteurs facilitant la reconnaissance mutuelle¹⁶⁵². Le fait que les juridictions des Etats membres appliquent les mêmes règles de conflit de lois pour déterminer le droit applicable à une situation donnée rend la décision prise conformément à ces règles moins contestable, renforce la confiance mutuelle¹⁶⁵³ et favorise la reconnaissance et l'exécution de cette décisions à travers les frontières¹⁶⁵⁴. Il n'est d'ailleurs pas anodin de relever que dans le règlement n° 4/2009 relatif aux obligations alimentaires, les rédacteurs ont soumis la suppression de l'*exequatur* à l'application de règles de conflit de lois uniformes¹⁶⁵⁵.

1. Un facteur de sécurité juridique

452. La désignation uniforme du droit applicable permet aux parties de prévoir à l'avance l'issue matérielle du litige et ce, quelle que soit la juridiction compétente. Elles sauront ainsi à quoi s'en tenir avant même d'avoir saisi une juridiction. En d'autres termes, elles sauront si elles ont droit à une obligation alimentaire ou si elles pourront obtenir le prononcé du divorce ou de la séparation de corps. La situation telle qu'est issue des règlements (CE) n° 44/2001¹⁶⁵⁶ et n° 2201/2003¹⁶⁵⁷ ne permet pas une telle prévisibilité juridique. L'absence de règles de conflit de lois fait en effet dépendre la détermination de la règle de droit applicable de la

¹⁶⁵² Voir la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, COM (2005) 649 final, 1.2.2. ; Voir également le livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce, COM (2005) 82 final, point 2.

¹⁶⁵³ Le plan d'action de Vienne et le programme destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale ont érigé les mesures d'uniformisation des règles de conflit de lois en mesures d'accompagnement facilitant la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle.

¹⁶⁵⁴ Voir la proposition de règlement sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, COM (2005) 649 final, 1.2.2 ; Voir également l'exposé des motifs de la proposition de règlement 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, COM (2006) 399 final, 1).

¹⁶⁵⁵ F. Paulino Pereira, La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne : bilan et perspectives, *R.C.D.I.P.*, 2010, pp. 1-36, spéc. p. 15 ; 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, *R.C.D.I.P.*, 2010, pp. 457-484, spéc. p. 478.

¹⁶⁵⁶ Règlement du 22 décembre 2000 relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.O. n° L 160/37 du 30 juin 2000.

¹⁶⁵⁷ Règlement du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, J.O. n° L 338/1 du 23 décembre 2003.

désignation préalable de la juridiction compétente. Aussi, les parties sont-elles dans le flou juridique le plus complet au stade de la saisine du juge.

En outre, les parties sont assurées de voir leur litige soumis à la loi qui présente le lien le plus étroit avec la situation juridique en cause. Le droit applicable désigné par la juridiction compétente peut en effet être dénué de tout lien avec la situation juridique en cause et ainsi aboutir à une solution boiteuse ne correspondant ni à la situation juridique qui a été créée, ni aux attentes des parties. Par exemple, les règles de conflit de lois des Etats membres retiennent majoritairement le critère de la nationalité en matière d'état de la personne. Or, ce critère peut ne pas correspondre à la situation juridique en cause du fait du déplacement des membres de la famille.

453. Certains auteurs contestent cette idée de contribution des règles de conflit de lois à la sécurité juridique. Selon eux, seule la permanence assure efficacement la sécurité juridique des citoyens européens. Or ils ont pu légitimement constater que la formulation de règles de conflit de lois uniformes ne permettait pas nécessairement d'assurer une permanence de la loi matérielle applicable¹⁶⁵⁸. Il est vrai que le droit applicable peut varier en fonction de la localisation du critère de rattachement déterminé au jour où la règle de conflit sera appliquée. A titre d'exemple, si le critère de rattachement est celui de la résidence habituelle, le droit applicable changera successivement au gré des déplacements des intéressés, c'est-à-dire chaque fois qu'ils changeront de résidence habituelle. Néanmoins, il faut constater que les critères choisis par le droit de l'Union européenne et notamment celui de l'autonomie de la volonté entendent assurer une certaine permanence du droit applicable et corrélativement une véritable sécurité juridique¹⁶⁵⁹. En effet, tous les instruments adoptés ou en voie d'adoption en matière familiale permettent aux intéressés de choisir d'un commun accord le droit applicable à leur situation juridique. Par ce biais, les parties sont assurées de voir le droit de la famille auquel elles sont personnellement attachées s'appliquer quelle que soit leur résidence habituelle et quelle que soit leur mobilité intra-européenne. Ainsi, l'uniformisation permet-elle de supprimer la succession des lois applicables par le jeu de l'autonomie de la volonté.

454. Il convient, en revanche, de relever que la sécurité juridique apportée par l'adoption de règles de conflit de lois uniformes en matière de divorce et de séparation de corps dans le

¹⁶⁵⁸ Voir S. Vigand, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, op. cit., spéc. n° 150.

¹⁶⁵⁹ Voir dans ce sens M. Revillard, Successions : proposition de règlement communautaire (première présentation), *Defr.* 2010, n° 2, doct., 39056, pp. 176-188, spéc. p. 180.

règlement (UE) n° 1259/2010 est relative. Cet instrument a été adopté par le biais du mécanisme de la coopération renforcée. Seuls quatorze Etats membres de l'Union européenne ont participé à cette coopération renforcée. Les dispositions de ce texte, une fois entrées en application¹⁶⁶⁰, seront applicables uniquement par les autorités des Etats membres participants. Aussi, la prévisibilité du droit applicable à une situation juridique se limitera aux hypothèses où l'autorité compétente saisie sera celle d'un Etat membre participant. En outre, l'article 5 du règlement ouvre la possibilité pour les parties de désigner la loi applicable à leur divorce ou à leur séparation de corps sans la conditionner à l'exigence de résidence habituelle de l'une des parties dans un Etat membre participant. Ainsi, la convention de choix de la loi applicable entre deux parties ne résidant pas habituellement dans un Etat membre participant est susceptible de ne pas être reconnue par l'autorité compétente saisie, dès lors qu'elle n'est pas celle d'un Etat membre participant. Corrélativement, les parties pourront se voir appliquer une autre loi que celle qu'ils avaient prévue¹⁶⁶¹.

2. Un moyen juridique de lutte contre le *forum shopping*

455. Les règles de compétences sont parfois telles qu'elles peuvent, en effet, inciter une partie à saisir avant l'autre une juridiction pour faire en sorte que la procédure soit soumise à une loi donnée qu'elle estime plus favorable à la protection de ses intérêts¹⁶⁶². Le règlement *Bruxelles II Bis* désigne en effet pas moins de sept chefs de compétence¹⁶⁶³. Et leur caractère alternatif permet à la partie la plus diligente et rapide d'opter pour celui qui lui est le plus favorable¹⁶⁶⁴. Ainsi, l'issue matérielle du litige ne dépend plus véritablement du lien de proximité qu'entretient la juridiction saisie avec le litige, mais du choix subjectif effectué par la partie ayant saisi en premier la juridiction¹⁶⁶⁵. Certains auteurs ont insisté sur le fait que la

¹⁶⁶⁰ Le 21 juin 2012.

¹⁶⁶¹ Voir dans ce sens M. Revillard, *Divorce des couples internationaux : choix de la loi applicable*. Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010, *Defr.*, 2011, n° 5, 39208, pp. 445-456, spéc. p. 450.

¹⁶⁶² Voir le livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de de divorce, COM (2005) 82 final, point 2 et l'exposé des motifs de la proposition de règlement 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, COM (2006) 399 final, 1).

¹⁶⁶³ Article 3 du règlement « *Bruxelles II Bis* ».

¹⁶⁶⁴ A. Borrás, *Le règlement 1347/2000 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs*, *LPA*, 2002, n° 248, pp. 12-19, spéc. p. 13 ; M. Ekström, *Les règles communautaires en matière matrimoniale : du règlement « Bruxelles II » à la proposition « Rome III »*, *L'Obs. de Brux.*, 2007, n° 67, pp. 19-22, spéc. pp. 19 et 20.

¹⁶⁶⁵ Voir le livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de de divorce, COM (2005) 82 final, point 2 et l'exposé des motifs de la proposition de règlement 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, COM (2006) 399 final, 1).

multiplicité des chefs de compétence alternatifs favorisait le *forum shopping*¹⁶⁶⁶ et entendaient donc implicitement faire remarquer que le droit communautaire est lui-même à l'origine d'une difficulté qu'il essaie de résoudre par le biais des règles de conflit de lois. Il faudrait donc en déduire que la véritable solution au problème du *forum shopping* réside dans la réduction des chefs de compétence¹⁶⁶⁷. Ce sous-entendu semble méconnaître les raisons originelles ayant poussé le droit communautaire à retenir tant de chefs alternatifs. La difficulté des Etats membres à s'entendre sur un seul critère de rattachement explique la multiplicité des chefs de compétence¹⁶⁶⁸. Il suffit de lire avec attention le rapport explicatif relatif à la Convention de *Bruxelles II*¹⁶⁶⁹ pour s'en rendre compte.

456. Avec la désignation uniforme du droit applicable les parties sont assurées de l'application d'une seule et même règle de conflit de lois quelle que soit la juridiction saisie¹⁶⁷⁰. Le choix de la juridiction n'ayant a priori plus d'impact sur le droit applicable¹⁶⁷¹, l'uniformisation des règles de conflit de lois semblerait dès lors être un bon remède contre le « *forum shopping* » et « la ruée vers le tribunal »¹⁶⁷². Ce propos doit être nuancé. En effet, alors même qu'une seule loi est applicable quelle que soit la juridiction saisie, l'application de la loi alors désignée peut néanmoins diverger d'une juridiction à l'autre¹⁶⁷³. A titre d'exemple, l'appréciation juridictionnelle de la faute comme condition de divorce peut varier d'un Etat membre à l'autre. Aussi le demandeur en instance de divorce international aura-t-il tout intérêt à saisir les juridictions de l'Etat membre qui adoptent une conception large de la

¹⁶⁶⁶ H. Stalford, *Regulating family life in post-Amsterdam Europe*, *E.L.R.* 2003, n° 28, pp. 39-52, spéc. p. 47.

¹⁶⁶⁷ Voir dans ce sens, H. Stalford, *Regulating family life in post Amsterdam Europe*, *art. préc.*, spéc. p. 47 et 48.

¹⁶⁶⁸ J. Pirrung, *Unification du droit en matière familiale : la Convention de l'Union européenne sur la reconnaissance des divorces et la question de nouveaux travaux d'UNIDROIT*, *R.D.U.*, 1998-2/3, pp. 629-640, spéc. p. 633. Selon l'auteur, « l'article 2 présente les traces évidentes de son historique, qui pourrait être intitulé "d'un compromis à l'autre" ».

¹⁶⁶⁹ Voir le rapport explicatif relatif 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 A. Borrás, J.O. C 221/27, du 16 juillet 1998.

¹⁶⁷⁰ E. Deflers, *La famille en Europe*, *art. préc.*, spéc. p.8.

¹⁶⁷¹ Voir l'explication détaillée de l'art. 20 ter dans l'exposé des motifs de la proposition de règlement 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 ; voir également la proposition de règlement mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, COM (2010) 105 final/2, 2.3.

¹⁶⁷² M. Jänterä-Jareborg, *Unification of international Family law in Europe-a critical perspective*, dans K. Boele-Woelki (éd.), *Perspectives for the unification and harmonization of Family Law in Europe*, *op. cit.*, spéc. p. 207. L'auteur parle de *forum racing*.

¹⁶⁷³ Voir dans ce sens M. Jänterä-Jareborg, *Unification of international Family law in Europe-a critical perspective*, dans K. Boele-Woelki (éd.), *Perspectives for the unification and harmonization of Family Law in Europe*, *op. cit.*, spéc. p. 208 et s.

faute¹⁶⁷⁴. Il est donc plus raisonnable d'affirmer que l'uniformisation des règles de conflit de lois réduit¹⁶⁷⁵ le risque de « *forum shopping* » sans y remédier totalement.

B. L'intégration désormais systématique de règles de conflit de lois

457. Parce que les règles de conflit de lois associées aux règles de compétence internationale favorisent la reconnaissance mutuelle des jugements, elles sont désormais introduites simultanément dans les nouveaux instruments juridiques de coordination du droit de la famille (1). Même si la communautarisation des règles de conflit de lois en matière familiale est acquise du côté des institutions de l'Union européenne, elle l'est peut-être moins du côté des Etats membres¹⁶⁷⁶. Aussi, la règle de l'unanimité requise au stade de l'adoption risque d'en ralentir le processus et ainsi représenter un véritable obstacle à cette communautarisation (2).

1. L'introduction simultanée des diverses règles de conflit

458. Les nouveaux instruments adoptent une « approche intégrée des questions de conflit des lois et de juridictions »¹⁶⁷⁷, également dite « approche globale du droit international privé »¹⁶⁷⁸, permettant une unité des compétences. En effet, l'uniformisation simultanée des règles de conflit de compétence et des règles de conflit de lois semble désormais acquise. Les propositions faites dans les matières jusqu'alors non couvertes par le droit international privé de l'Union européenne abordent tant les questions relatives à la compétence que celles ayant trait au droit applicable¹⁶⁷⁹.

Une évolution doit cependant être relevée concernant les motifs avancés en vue de justifier l'uniformisation des règles de conflit de lois par l'Union européenne en matière de

¹⁶⁷⁴ Voir dans ce sens, S. Vigand, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, *op. cit.*, spéc. n° 144.

¹⁶⁷⁵ M.Ekström, Les règles communautaires en matière matrimoniale : du règlement « Bruxelles II » à la proposition « Rome III », *art. préc.*, spéc. p. 21.

¹⁶⁷⁶ O. Remien, European private international law, the European Community and its emerging area of freedom, security and justice, *C.M.L.R.*, 2001, pp. 53-86, spéc. p. 61; K. Böle-Wœlki, Unification and harmonization of private international law in Europe, dans *Private Law in the international arena: from national conflict rules towards harmonization and unification*, Liber amicorum Kurt Siehr, T.M.C. Asser Press, 2000, pp.61-76, spéc. p. 73.

¹⁶⁷⁷ D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, t. I, partie générale, P.U.F., 2^e éd., 2010, spéc. p. 21.

¹⁶⁷⁸ D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, spéc. p. 22.

¹⁶⁷⁹ Voir la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de succession et à la création d'un certificat successoral européen, COM (2009) 154 final ; 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) 126 final, spéc. point 3.1. de l'exposé des motifs et considérant 8 ; 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) 127/2.

successions et de régimes matrimoniaux. En effet, les règles de conflit de lois ne sont plus abordées comme un complément des règles de compétence internationale en vue de favoriser la reconnaissance mutuelle des jugements, mais comme une question fondamentale prioritaire. L'uniformisation des règles de conflit de lois est présentée comme une solution alternative à l'harmonisation complète des droits matériels nationaux, qui s'avère impossible en droit de la famille¹⁶⁸⁰.

2. L'obstacle de l'unanimité

459. Si la communautarisation des règles de conflit de lois en matière familiale a dépassé le stade des déclarations d'intention pour être consacrée dans des instruments normatifs, l'adoption de ces règles de conflit de lois demeure une « tâche ardue »¹⁶⁸¹. La mise en œuvre effective de cette communautarisation risque d'être entravée par le verrou institutionnel¹⁶⁸² que représente l'unanimité¹⁶⁸³ requise au stade de l'adoption des textes. Un seul instrument a en effet été adopté à l'unanimité : il s'agit du règlement (CE) n° 4/2009 relatif aux obligations alimentaires. La nature hybride du concept d'obligation alimentaire a sans doute facilité l'adoption du texte à l'unanimité. L'exercice s'avère beaucoup plus difficile concernant les autres matières puisque l'adoption de telles règles soulève des questions sur lesquelles les Etats éprouvent des réticences à s'engager lorsqu'elles bouleversent leur culture et leur tradition.

460. Le règlement (UE) n° 1259/2010 dit règlement *Rome III*¹⁶⁸⁴ permet d'en témoigner. Il fait suite à l'échec de la procédure d'adoption de la proposition de règlement modifiant le

¹⁶⁸⁰ Voir le livre vert sur les successions et testaments, COM (2005) 65 final et le livre vert sur le règlement des conflits de lois en matière de régime matrimonial, préc. La commission s'est exprimée dans les termes suivants : « Une harmonisation complète des règles de droit matériel des Etats membres n'étant pas envisageable, c'est sous l'angle des règles de conflit de lois qu'il convient d'agir. La Commission estime dès lors qu'aucun progrès ne sera réalisé au plan communautaire, dans le domaine des successions, sans que soit abordée en priorité la question de la loi applicable ».

¹⁶⁸¹ F. Cadet, La gestion de l'internationalité par les méthodes communautaires : vers un droit international privé unifié dans l'Union européenne ?, *LPA*, 2004, n° 157, pp. 3-12, spéc. p.12.

¹⁶⁸² M.Ekström, Les règles communautaires en matière matrimoniale : du règlement « Bruxelles II » à la proposition « Rome III », *art. préc.*, spéc. p. 22.

¹⁶⁸³ P. Guez, L'avenir du droit international privé communautaire de la famille, dans J.-S. Bergé et I. Omarjee, L'avenir du droit européen : le droit de la famille, chronique de droit européen n° IX, *LPA*, 2006, n° 221, pp. 17-20, spéc. p. 17 ; H. Gaudemet-Tallon, Quel droit international privé pour l'Union européenne ?, dans *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of Friedrich. K. Juenger*, Transnational Publishers, Ardsley, 2001, pp. 317-338, spéc. p. 336.

¹⁶⁸⁴ Règlement mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps adopté le 20 décembre 2010, J.O. n° L 343/10 du 29 déc. 2010.

règlement (CE) n° 2201/2003. L'absence d'unanimité¹⁶⁸⁵ en ce qui concerne les solutions proposées en matière de conflit de lois¹⁶⁸⁶ est à l'origine de cet échec¹⁶⁸⁷. La Suède refusait, en effet, que ses juridictions puissent appliquer une loi étrangère limitant la possibilité pour les époux d'obtenir le divorce¹⁶⁸⁸. Ce règlement est le premier instrument à voir le jour dans le cadre de la procédure de coopération renforcée¹⁶⁸⁹. Il concerne à ce jour quatorze Etats membres¹⁶⁹⁰, dont la France, et sera applicable à compter du 21 juin 2012. L'élaboration de ce texte au champ d'application territorial restreint a suscité des réactions négatives de la part de la doctrine qui parle d'une construction européenne à deux vitesses. D'autres se veulent moins alarmant en expliquant que le règlement reste ouvert à la participation des autres Etats et pourrait représenter un moyen de convaincre les plus réticents¹⁶⁹¹. La coopération renforcée répondrait donc davantage à une démarche pragmatique.

461. La même difficulté risque de se poser dans les autres matières¹⁶⁹². Des obstacles semblent déjà affecter la procédure d'adoption du règlement sur les successions et ce alors même qu'il est soumis à la procédure de codécision. Les parlementaires belges¹⁶⁹³ et français¹⁶⁹⁴ sont en effet opposés à ce que les règles de conflit de lois envisagées par la

¹⁶⁸⁵ Sur un exposé des divergences, voir B. Nascimbene, Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière matrimoniale : un règlement Rome III ? Droits patrimoniaux des couples mariés et non mariés : vers des règles européennes sur les régimes matrimoniaux ?, *R.A.E.* 2007-2008, n° 3, pp. 601-609, spéc. p. 604.

¹⁶⁸⁶ Voir la proposition de règlement mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, COM (2010) 105 final/2, 1.1. Voir également le considérant 5 du règlement (UE) n° 1259/2010.

¹⁶⁸⁷ Pour un résumé contextuel du veto suédois, voir C. Nourissat, Sur l'élaboration d'une source perturbatrice : à propos du droit international privé communautaire, *D.* 2007, chron., pp. 1098-1101, spéc. p. 1100.

¹⁶⁸⁸ M. Salord, L'Europe divorce ! L'adoption d'une coopération renforcée portant sur la loi applicable au divorce, *AJ fam.*, 2011, n° 2, pp. 97-99, spéc. p. 98.

¹⁶⁸⁹ L. Idot, Le divorce international, première utilisation du mécanisme des coopérations renforcées, *Europe*, 2011, alertes n° 10.

¹⁶⁹⁰ Belgique, Bulgarie, Allemagne, Espagne, France, Italie, Lettonie, Luxembourg, Hongrie, Malte, Autriche, Portugal, Roumanie et Slovaquie.

¹⁶⁹¹ Les autres Etats membres peuvent en effet rejoindre la coopération à tout moment, art. 331 TFUE.

¹⁶⁹² I. Barrière Brousse, Le Traité de Lisbonne et le droit international privé, *J.D.I.*, 2010, pp. 3-34, spéc. p. 33.

¹⁶⁹³ Voir les Conclusions de la Commission de la justice du Sénat de Belgique sur l'examen de la 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 succession et à la création d'un certificat successoral européen, Doc. Sénat, 4.1534/2, session 2009-2010, du 8 décembre 2009, consultable sur : <http://www.ipex.eu/ipex/webdav/site/myjahiasite/users/besencorresp/private/SUBSIDIARITE%20-%20CONCLUSIONS%204-1534-2%2095363.pdf>

¹⁶⁹⁴ Voir la résolution du Sénat de Belgique sur la 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 succession et à la création d'un certificat successoral européen, du 13 décembre 2009, consultable sur <http://www.senat.fr/leg/tas09-031.html>; Voir également la communication de M. Guy Geoffroy sur le contrôle de subsidiarité relatif à la 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 succession et à la création d'un certificat successoral européen, Compte-rendu n° 126 de la Commission des affaires européennes de l'Assemblée Nationale, séance du 17 novembre 2009, consultable sur :

proposition de règlement permettent au défunt de contourner le mécanisme de la réserve héréditaire en fixant sa résidence habituelle dans un pays qui ne connaît pas une telle exigence tel que le Royaume-Uni¹⁶⁹⁵. Il convient néanmoins de relever qu'un tel obstacle devrait être levé dès lors que la formulation de l'article 27 paragraphe 2 de la proposition de règlement ne prohibe pas la mise à l'écart d'une législation ignorant le mécanisme de la réserve par le jeu de l'exception de l'ordre public. Cette disposition prohibe en effet une telle mise à l'écart lorsque la législation applicable admet le mécanisme de la réserve, mais le soumet à des modalités différentes de celles en vigueur dans l'État du for¹⁶⁹⁶.

www.assemblee-nationale.fr/13/europe/c-rendus/c0126.asp#P22_903

¹⁶⁹⁵ Voir le rapport fait au nom de la Commission de la justice de la Chambre des Représentants de Belgique relatif à la 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 succession et à la création d'un certificat successoral européen, Doc. Ch. Repr. 52, 2330/001, 15 déc. 2009, spéc. p. 6. Consultable sur :

<http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/52/2330/52K2330001.pdf>

¹⁶⁹⁶ C. Nourissat, Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne. (A propos de la proposition de règlement du 14 octobre 2009), *Defr.* 2010, n° 4, doct., 39072, pp. 392-418, spéc. p. 404.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

462. La question du droit international privé de la famille constitue encore le terrain de manifestations latentes de souveraineté et de particularismes nationaux. C'est la raison pour laquelle le processus d'uniformisation des règles de conflit de lois en matière familiale s'avère plus difficile et plus lent que celui des règles de conflit de juridictions. La coordination du droit de la famille constitue donc un des exemples manifestes de l'application de la méthode des petits pas¹⁶⁹⁷ que Schuman, l'un des pères fondateurs de l'Union européenne, appelait de ses vœux. Ce dernier déclarait, en effet, le 9 mai 1950 : « L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait ».

463. La coordination du droit de la famille, bien que progressive, est une réalité qui touche de plus en plus de matières familiales. Certains auteurs ont parlé de « boulevers[ement] des données traditionnelles du droit international privé de la famille »¹⁶⁹⁸. S'il est vrai que l'intervention du droit de l'Union européenne a bouleversé les sources traditionnelles du droit international privé¹⁶⁹⁹, a-t-elle pour autant entraîné un bouleversement des principes qui régissent traditionnellement la matière ? Il convient en effet de s'interroger sur le contenu de ce droit d'origine communautaire. L'énumération descriptive des différentes règles adoptées au sein de l'Union européenne ne présentant que peu d'intérêt, la mise en évidence de la dimension téléologique de la coordination sera donc privilégiée. Aussi, convient-il d'étudier la philosophie poursuivie par l'entreprise de coordination du droit de l'Union européenne et ainsi évoquer la question de la communautarisation matérielle du droit international privé de la famille (**chapitre 2**).

¹⁶⁹⁷ S. Poillot Peruzzetto, les enjeux de la communautarisation, dans H. Fulchiron et C. Nourissat (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 13-37, spéc. p. 21.

¹⁶⁹⁸ C. Nourissat, Le règlement « Bruxelles II Bis » : conditions générales d'application, dans H. Fulchiron et C. Nourissat (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, op. cit., spéc. p.2.

¹⁶⁹⁹ C. Nourissat, Sur l'élaboration d'une source perturbatrice : à propos du droit international privé, *D.* 2007, chron., pp. 1098-1101, spéc. p. 1098 ; B. Audit, *Droit international privé*, 6^e éd., Economica, 2010, spéc. n° 26, p. 20.

Chapitre 2

LA COMMUNAUTARISATION MATÉRIELLE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE

464. Depuis que le Traité de Maastricht a formulé l'objectif de coopération judiciaire européenne, les instances normatives de l'Union européenne ont fondé cette coopération sur le principe de reconnaissance mutuelle¹⁷⁰⁰. Elles ont ensuite très vite relevé que la mise en œuvre de ce principe reposait sur la confiance mutuelle, laquelle semble être favorisée par la compatibilité des règles de conflit entre les États membres. Cette logique normative structure les instruments de l'Union européenne ayant trait au droit international privé de la famille. Ceux-ci affichent en effet une constante : ils assurent la coordination des divers ordres juridiques aux moyens de la technique conflictuelle, puis du système de la reconnaissance mutuelle, la première technique étant explicitement présentée comme indispensable à la réalisation de la seconde.

465. La communautarisation matérielle s'entend comme l'influence exercée sur l'élaboration du droit international privé de la famille par les objectifs et les principes fondamentaux issus de la politique de l'Union européenne¹⁷⁰¹. Les règles de conflit élaborées par les autorités normatives de l'Union européenne affichent, en effet, une certaine coloration matérielle. Parce qu'elles « permettent de respecter les règles nationales substantielles tout en répartissant, en principe de façon harmonieuse, leur domaine d'application dans l'espace »¹⁷⁰², il est traditionnellement reconnu une fonction essentiellement répartitrice aux règles de conflit¹⁷⁰³. En d'autres termes, la technique conflictuelle consisterait exclusivement en l'attribution mécanique d'une situation juridique à des lois en conflit en fonction de l'intensité respective des rattachements avec la situation en cause et non pas en fonction du

¹⁷⁰⁰ Le Traité de Lisbonne a fait de la reconnaissance mutuelle un principe du droit primaire en l'inscrivant dans le titre relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice du Traité sur le fonction de l'Union européenne, voir les art. 67, 70, 81 et 82 TFUE.

¹⁷⁰¹ Voir C. Kessedjian, La relation des textes de référence avec le droit primaire, dans M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2009, pp. 119-133, spéc. p. 125 et s.

¹⁷⁰² H. Gaudemet-Tallon, Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions, *R.M.C.U.E.*, 2000, n° 437, pp. 228-242, spéc. p. 241.

¹⁷⁰³ B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 5^e éd., 2008, spéc. p. 2

résultat matériel auquel elle aboutit¹⁷⁰⁴. On parle dès lors de la neutralité de la règle de conflit¹⁷⁰⁵. Cette représentation traditionnelle de la règle de conflit n'est pourtant pas conforme à la réalité et de nombreux auteurs s'emploient à la dénoncer en affirmant que la technique conflictuelle n'est pas « une justice aux yeux bandés »¹⁷⁰⁶. Il est en effet désormais communément admis que « le droit international privé, bien qu'il soit un droit de classement, est perméable à la pénétration des valeurs sociales. Il n'est nullement [...] un droit désincarné »¹⁷⁰⁷.

466. Les directions prises par le droit de l'Union européenne en ce qui concerne le droit international privé de la famille permettent également de remettre en cause la prétendue neutralité de ses règles conflictuelles. Ces dernières seront entendues dans un sens très large puisqu'elles engloberont non seulement les règles de conflit de lois, mais aussi les règles de conflit de juridictions. Le lien que ces diverses règles entretiennent avec l'ordre juridique de l'Union européenne contribue à les colorer¹⁷⁰⁸. On peut en effet constater, d'une part, que les objectifs de l'Union européenne influencent le choix de ces règles (**section 1**) et, d'autre part, que ces dernières poursuivent, parfois, la réalisation d'un résultat matériel précis (**section 2**).

¹⁷⁰⁴ B. Audit, *Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul*, *R.I.D.C.*, 1998, pp. 421-448, spéc. p. 423 ; Y. Loussouarn, *La règle de conflit est-elle une règle neutre ?*, *T.C.F.D.I.P.*, 1980-1981, t. 2, pp. 43-60, spéc. pp. 46 et 47 ; A. E. von Overbeck, *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents*, cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1982, III, t. 176, pp. 9-248, spéc. p.74.

¹⁷⁰⁵ S. Poillot-Peruzzetto et A. Marmisse, *Le droit international privé communautaire de la famille*, *R.A.E.*, 2001-2002, pp. 460-468, spéc. p. 465.

¹⁷⁰⁶ Voir notamment E. Fohrer, *La prise en considération des normes étrangères*, Thèse, L.G.D.J., 2008, spéc. n° 1. Voir également B. Audit, *Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul*, *R.I.D.C.*, 1998, vol. 50, n° 2, pp. 421-448, spéc. pp. 423-424. Selon l'auteur, la conception de la règle de conflit a évolué. On est passé d'une justice des conflits à une justice de droit matériel.

¹⁷⁰⁷ Y. Loussouarn, *La règle de conflit est-elle une règle neutre ?*, *T.C.F.D.I.P.*, 1980-1981, t. 2, pp. 43-60, spéc. p. 60. Voir également dans ce sens P. Guez, *L'avenir du droit international privé communautaire de la famille*, dans J.-S. Bergé et I. Omarjee, *L'avenir du droit européen : le droit de la famille*, chronique de droit européen n° IX, *LPA*, 2006, n° 221, pp. 17-20, spéc. p. 17. Selon l'auteur, l'élaboration des règles de conflit « ne se désintéresse jamais totalement de la solution matérielle qui sera appliquée ».

¹⁷⁰⁸ Y. Loussouarn, *La règle de conflit est-elle une règle neutre ?*, *T.C.F.D.I.P.*, 1980-1981, t. 2, pp. 43-60, spéc. p. 50.

Section 1 : Le choix des règles influencé par les objectifs de l'Union européenne

467. Le choix de certains critères de rattachement porte la marque des objectifs de l'Union européenne. Aussi, certains auteurs ont-ils pu affirmer que « le passage par le filtre communautaire semble ôter définitivement au droit des conflits [...] son apparence de neutralité »¹⁷⁰⁹. En droit international privé de la famille, on a en effet pu remarquer que certains choix servent le principe fondamental de non-discrimination fondée sur la nationalité (§1), tandis que d'autres favorisent celui de la libre circulation des personnes¹⁷¹⁰ (§2).

§1. Le choix de critères servant le principe de non-discrimination

468. On peut relever que le principe fondamental de non-discrimination fondée sur la nationalité¹⁷¹¹ guide le droit international privé de l'Union européenne, qui tend dès lors à privilégier le principe de proximité (A) par rapport à celui de la souveraineté¹⁷¹² (B). Cette tendance se vérifie en matière familiale¹⁷¹³.

¹⁷⁰⁹ M. Fallon, Libertés communautaires et règles de conflit de lois, dans A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004, pp. 31-80, spéc. p. 63.

¹⁷¹⁰ Voir M. Hunter-Hénin, Droit des personnes et droits de l'homme : Combinaison ou confrontation ?, *R.C.D.I.P.*, 2006, pp. 743-775, spéc. p. 761. Selon l'auteur, le raisonnement conflictualiste, [...], pâtit pour sa part de l'impérialisme et du matérialisme du droit communautaire et des droits de l'homme dont l'objectif n'est plus la localisation la plus équilibrée possible de la situation, mais la garantie la plus effective possible des valeurs de liberté et d'égalité ».

¹⁷¹¹ Art. 18 TFUE.

¹⁷¹² M. Fallon, Libertés communautaires et règles de conflit de lois, *ibid.*, spéc. pp. 65 et 66 ; P. Lagarde, rapport de synthèse, dans *Le droit international privé communautaire : émergence et incidences*, LPA, 2002, n° 248, pp. 44-48, spéc. p. 46. Sur l'idée que l'égalité puisse fournir des directives dans l'élaboration des règles de conflit, voir également W. Wengler, Les conflits de lois et le principe d'égalité, *R.C.D.I.P.*, 1963, pp. 203-231 et pp. 503-527.

¹⁷¹³ Voir dans ce sens, H. Gaudemet-Tallon, La Convention dite « Bruxelles II » : convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, *T.C.F.D.I.P.*, 1998-1999, pp. 83-110, spéc. p. 87.

A. La préférence accordée au principe de proximité

469. Le principe de proximité veut qu'un rapport de droit soit régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits¹⁷¹⁴, tandis que le principe de souveraineté favorise la loi et la compétence juridictionnelle du pays dont l'une des parties a la nationalité. La nationalité est traditionnellement retenue comme principal facteur de rattachement du statut personnel par le droit international privé des Etats membres¹⁷¹⁵. De son côté, l'Union européenne retient principalement le critère de la résidence habituelle pour déterminer tant la juridiction compétente que la loi applicable (1). Selon certains auteurs, le fait d'opter pour la loi de la résidence habituelle favorise l'intégration des étrangers ayant une culture différente de celle de l'Etat d'accueil¹⁷¹⁶. Le choix de ce critère s'accommode¹⁷¹⁷ ainsi bien avec la libre circulation des familles (2). Seulement, l'absence de définition textuelle de la notion de résidence habituelle suscite diverses réactions chez les juristes, qu'ils soient praticiens ou théoriciens (3).

1. Le choix principal du critère de la résidence habituelle

470. La résidence habituelle est un « critère de rattachement phare »¹⁷¹⁸ du droit de l'Union européenne en ce qui concerne la question familiale. Il a en effet été retenu, en la matière, dans tous les instruments jusqu'alors adoptés ou en cours d'adoption soit à titre principal, soit à titre préférentiel. Par exemple, le règlement *Bruxelles II Bis*¹⁷¹⁹ cite sept chefs alternatifs de compétence en matière de divorce, de séparation de corps ou de nullité du mariage. Parmi ces chefs de compétence six ont trait à la résidence habituelle et un seul, le dernier, désigne la compétence de la juridiction de la nationalité. Une large place est donc accordée à la résidence habituelle en tant que principe de proximité¹⁷²⁰. Même si ces règles semblent flexibles au vu de la multiplicité des chefs de compétence elles n'en sont pas moins strictes

¹⁷¹⁴ P. Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, *R.C.A.D.I.*, 1986, t. 196, pp. 25-237, spéc. p. 29.

¹⁷¹⁵ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 3^e éd., L.G.D.J., 2011, spéc. p. 4. Sur les inconvénients du critère de la nationalité en droit français, voir D. Mayer, Evolution du statut de la famille en droit international privé, *J.D.I.* 1977, pp. 447-469, spéc. p. 451 et s.

¹⁷¹⁶ P. Lagarde, Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille, *Ann. de l'Institut de droit international*, 2005, vol. 71-I, pp. 11-115, spéc. p. 89.

¹⁷¹⁷ Formule employée par B. Audit, Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain, dans *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 49-70, spéc. p. 52. L'auteur parle de « rattachement de commodité ».

¹⁷¹⁸ C. Nourissat, note sous CJCE, 3^e ch., 2 avril 2009, aff. C-523/07, *Procédures*, 2009, comm. n° 277.

¹⁷¹⁹ Voir l'article 3 du Règlement *Bruxelles II Bis*.

¹⁷²⁰ J.-Y. Carlier, S. Francq et J.-L. Van Boxstael, Le règlement de *Bruxelles II*. Compétence, reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, *J.T.*, dr. eur., 2001, n° 78, pp. 73-90, spéc. p. 81.

puisqu'elles consacrent « le principe selon lequel il doit toujours exister un attachement fort avec l'Etat membre »¹⁷²¹ saisi. Le règlement dit *Rome III* prévoit qu'à défaut de choix par les parties, la loi applicable sera déterminée selon une échelle de critères de rattachement hiérarchisés dans laquelle la résidence habituelle des conjoints figure en première place devant la nationalité¹⁷²². Le critère de résidence habituelle a également été principalement retenu parmi la liste limitative des lois que les parties peuvent choisir d'un commun accord¹⁷²³.

471. En matière d'obligation alimentaire, le critère de la résidence habituelle figure parmi les critères alternatifs principaux tendant à désigner la juridiction compétente¹⁷²⁴. Il est en outre l'unique critère retenu par la règle générale de conflit de loi énoncée à l'article 3 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007¹⁷²⁵, auquel renvoie l'article 15 du Règlement (CE) n° 4/2009. En ce qui concerne la question successorale, les règles générales de compétence et de conflit de lois de la proposition de règlement du Parlement européen et du conseil retiennent comme unique critère celui de la résidence habituelle du défunt¹⁷²⁶. La proposition centralise le règlement successoral¹⁷²⁷ en ne retenant qu'un seul chef de compétence, celui de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès. Elle retient, en outre, le principe de l'unité de la loi applicable en désignant la résidence habituelle comme seul facteur de rattachement, à défaut de recours à la *professio juris*.

472. La résidence habituelle fait également figure de critère préférentiel en vue de déterminer la juridiction compétente et la loi applicable au régime matrimonial. Dans l'hypothèse où le contentieux relatif au régime matrimonial n'est pas lié à une séparation ou à un décès de l'un des époux, l'article 5 de la proposition de règlement¹⁷²⁸ énumère quatre critères successifs hiérarchisés de compétence. Les trois premiers critères ont trait à la résidence habituelle et le dernier à la nationalité commune des époux. Le critère de la

¹⁷²¹ P. Pereira, La reconnaissance mutuelle des décisions de divorce et de responsabilité parentale dans l'UE : "La Convention de Bruxelles II", *L'Obs. de Brux.*, 1998, n° 28, pp. 38-41, spéc. p. 39.

¹⁷²² Voir l'article 4 de la proposition.

¹⁷²³ Voir l'article 3 de la proposition.

¹⁷²⁴ Voir l'article 3 a) et b) du règlement (CE) n° 4/2009.

¹⁷²⁵ Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires, adopté le 23 novembre 2007.

¹⁷²⁶ Voir les articles 4 et 16 de la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de succession et à la création d'un certificat successoral européen

¹⁷²⁷ P. Lagarde, Présentation de la proposition de règlement sur les successions, dans G. Khairallah et M. Revillard, *Perspectives du droit des successions européennes et internationales, études de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, Defrénois, 2010, pp. 5-15, spéc. p. 9.

¹⁷²⁸ COM (2011) 126/2.

résidence habituelle a ainsi été ouvertement privilégié. Cette même préférence se retrouve dans les dispositions ayant trait à la détermination de la loi applicable à défaut de choix des époux¹⁷²⁹.

En matière d'effets patrimoniaux du partenariat enregistré, le critère de la résidence habituelle a non seulement été privilégié pour déterminer le tribunal compétent, mais le critère de la nationalité n'a pas du tout été retenu. En effet, l'article 5 de la proposition de règlement¹⁷³⁰ énonce également quatre critères successifs et hiérarchisés de compétence dont les trois premiers ont trait à la résidence habituelle, tandis que le dernier se réfère au lieu d'enregistrement du partenariat. Aussi peut-on considérer, comme certains auteurs, que « l'appartenance durable à une collectivité nationale (ou territoriale) n'est qu'un élément médiocrement pertinent pour la détermination de la compétence en matière d'état et plus spécialement de relations de famille »¹⁷³¹ présentant un caractère d'extranéité.

2. La commodité du critère de la résidence habituelle

473. Si l'on peut penser à un phénomène de mode¹⁷³², il convient plutôt de conclure à la pertinence du critère de la résidence habituelle dans une situation de famille aux dimensions internationales¹⁷³³. Ce critère semble en effet mieux répondre aux attentes des citoyens qui se déplacent hors des frontières nationales, puisqu'il permet de désigner la juridiction présentant les liens les plus étroits avec la situation en cause et donc plus à même de comprendre la situation qui lui est soumise. Il est vrai que la communautarisation des règles de conflit est liée à la libre circulation des personnes, c'est-à-dire au déplacement d'une personne de son Etat de nationalité vers un autre Etat membre de l'Union européenne. Consacrer le critère de la nationalité serait remettre en cause toute utilité de cette communautarisation. En effet, si ce critère est majoritairement consacré par le droit international privé d'origine interne, c'est parce que le contenu de la loi nationale correspond le mieux à la mentalité des intéressés¹⁷³⁴.

¹⁷²⁹ Art. 17 de la proposition de règlement relative aux régimes matrimoniaux.

¹⁷³⁰ COM (2011) 127/2.

¹⁷³¹ B. Ancel et H. Muir Watt, L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis, *R.C.D.I.P.* 2005, pp. 569-605, spéc. p. 578.

¹⁷³² Voir H. Fulchiron, La séparation du couple en droit international privé, *LPA*, 2001, n° 62, pp. 4-14, spéc. p. 9. Selon l'auteur, « la recomposition des règles de conflit autour de la notion de résidence habituelle est une tendance lourde en droit des personnes et de la famille » qui se développe tant dans les règles d'origine interne que dans les conventions internationales de La Haye. Voir également C. Nourissat, De quelques rattachements en droit international privé communautaire, dans *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 731-756, spéc. p. 737.

¹⁷³³ Voir dans ce sens, A. Richez-Pons, La notion de résidence, *Dr. et patr.* 2005, n° 138, pp. 53-57, spéc. p.54.

¹⁷³⁴ Voir B. Audit, Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul, *R.I.D.C.*, 1998, vol. 50, n° 2, pp. 421-448, spéc. p. 425.

Par contre, il peut ne pas répondre aux attentes des citoyens mobiles. En effet, la mentalité des intéressés peut évoluer au gré de leur circulation et au vu des mœurs qu'ils côtoient quotidiennement dans l'Etat d'accueil. Autrement dit, le choix du critère interne de la nationalité est souvent lié à sa proximité avec le statut personnel. Or la libre circulation bouleverse cet état de chose et le critère de la résidence habituelle prend dès lors toute sa pertinence.

Un auteur a parfaitement illustré cette idée en déclarant : « la nationalité, jadis ciment du statut personnel, s'avère aujourd'hui inapte à refléter l'intégration sociologique de familles et individus aux appartenances de plus en plus diverses et multiples. L'inadéquation qui en résulte entre statut juridique et milieu sociologique des intéressés justifie des mises à l'écart ponctuelles de la loi nationale »¹⁷³⁵. Ceci ressort clairement de l'exposé des motifs de la proposition de règlement en matière successorale. Il est dans un premier temps expliqué que si le règlement retient la loi de la dernière résidence, au lieu de celle de la nationalité, c'est parce qu'elle coïncide avec le centre d'intérêt du défunt et souvent avec le lieu où se trouvent la plupart de ses biens¹⁷³⁶. Il est en outre souligné que le choix de la loi de sa nationalité permet au testateur ayant bénéficié de la liberté de 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 succession¹⁷³⁷.

3. L'absence de définition de la résidence habituelle

474. C'est cette maniabilité, malléabilité ou souplesse du critère de la résidence habituelle¹⁷³⁸ qui explique l'absence de définition de cette notion dans les divers instruments de l'Union européenne¹⁷³⁹. La pratique regrette ce silence et sollicite une définition de la part de la commission¹⁷⁴⁰. Les juridictions¹⁷⁴¹ des Etats membres¹⁷⁴² s'en remettent à tort¹⁷⁴³ aux

¹⁷³⁵ M. Hunter-Hénin, Droit des personnes et droits de l'homme : combinaison ou confrontation ?, *R.C.D.I.P.*, 2006, pp. 743-775, spéc. p. 761 .

¹⁷³⁶ Voir l'explication de l'article 16 dans l'exposé des motifs de la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de succession et à la création d'un certificat successoral européen.

¹⁷³⁷ Voir l'explication de l'article 17 dans l'exposé des motifs de la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de succession et à la création d'un certificat successoral européen

¹⁷³⁸ Sur un exposé général de la notion, voir A. Richez-Pons, *La résidence en droit international privé (conflits de juridiction, conflits de lois)*, thèse, Lyon, 2004.

¹⁷³⁹ Voir dans ce sens E. Gallant, note sous CJCE, 2 avril 2009, aff. C-523/07, *R.C.D.I.P.*, 2009, n° 4, pp. 791-813, spéc. p. 805.

¹⁷⁴⁰ Voir le communiqué des notaires d'Europe du 24 novembre 2010, Simplification du règlement des successions internationales : l'avis des Notaires d'Europe, *JCP, N*, 2010, n° 48, act. 861, spéc. p. 10.

définitions retenues par la CJUE dans le cadre de l'application d'autres instruments du droit de l'Union européenne. L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 14 décembre 2005¹⁷⁴⁴ en est particulièrement illustratif, puisque dans une affaire relevant du règlement *Bruxelles II Bis* la Cour a utilisé la définition donnée par la CJCE dans un litige ayant trait à l'application du statut des fonctionnaires¹⁷⁴⁵. Or la CJUE a très récemment rappelé, dans son arrêt *Korkein hallinto-oikeus*, qu'une interprétation autonome « forgée »¹⁷⁴⁶ dans un domaine du droit de l'Union européenne n'est pas automatiquement transposable dans une autre matière¹⁷⁴⁷. Elle a en outre précisé, conformément à sa jurisprudence constante, que faute de « renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer le sens et la portée de la notion de "résidence habituelle", cette détermination doit être effectuée au regard du contexte des dispositions et de l'objectif du règlement »¹⁷⁴⁸. Ainsi, d'une manière à l'autre, l'appréciation de la résidence habituelle peut varier en fonction des finalités affichées par l'instrument. On peut ainsi dire que ce critère a un « caractère fonctionnel »¹⁷⁴⁹.

¹⁷⁴¹ Voir notamment CA Aix-en Provence, 18 nov. 2004 : *J.D.I.*, 2005, p. 805, note A. Richez-Pons ; *D.* 2005, Pan. 615, obs. C. Nourissat. Voir également P. Guez, L'interprétation de la notion de résidence habituelle au sens du règlement « Bruxelles II » : *G.P.*, 14-15 janv. 2005, p. 64.

¹⁷⁴² Le juge luxembourgeois et le juge anglais ont retenu la même définition que celle de la Cour de cassation française. C. Nourissat, Pratiquer le droit de la famille en Europe. Le règlement « Bruxelles I », intervention CCBE, Bruxelles, 11 décembre 2008, spéc. p. 3. Consultable sur : http://www.ccbe.org/fileadmin/user_upload/document/Family_law_Conference_bxl_2008/Speeches/FR_Nourissat.pdf

¹⁷⁴³ M. Farge, Était-il opportun de définir la notion de résidence habituelle en droit international privé communautaire ? À propos de Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2005, *Dr. fam.*, 2006, Étude 17, pp. 19-20, spéc. p. 20.

¹⁷⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2005, pourvoi n° 05-10951, Bull., I, n° 506, p. 42 : *D.* 2006, Pan., 1502, obs. F. Jault-Seske ; *AJ fam.* 2006, n° 4, p. 161, obs. S. David ; *G.P.* 2006, n° 55, p. 14, note P. Guez ; *R.L.D.C.*, 2006, n° 30, act. n° 2193, obs. C. Pomart ; *R.J.P.F.*, 2006, n° 4, p. 14, obs. M.-C. Meyzaud-Garaud.

¹⁷⁴⁵ CJCE, 15 sept. 1994, aff. C-452/93, Rec., I, p. 4295, § 22.

¹⁷⁴⁶ C. Nourissat, Le champ d'application de la proposition de règlement, dans G. Khairallah et M. Revillard, *Perspectives du droit des successions européennes et internationales, études de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, op. cit., pp. 17-33, spéc. p. 28.

¹⁷⁴⁷ CJCE, 2 avril 2009, *Korkein hallinto-oikeus*, aff. C-523/07, Rec. I-2805, spéc. § 36 : *Procédures*, 2009, comm. n° 277, note C. Nourissat ; *R.C.D.I.P.*, 2009, n°4, pp. 791- 813, note E. Gallant ; *Europe*, 2009, comm. 265, note L. Idot. Voir également A. Boiché, Mise en œuvre pratique des apports de l'arrêt rendu le 2 avril 2009 par la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'autorité parentale, *AJ fam.* 2009, n° 7-8, pp. 294-296 ; F. Boulanger, L'affaire des "mineurs nordiques" : la Cour détermine la "résidence habituelle" et précise le régime des mesures conservatoires, *JCP*, G, 2009, 316. Voir également plus récemment CJUE, arrêt *Barbara Mercredi*, 22 déc. 2010, aff. C-497/10 PPU : *Europe*, 2011, Comm. n° 117, note L. Idot ; *Dr. fam.* 2011, n° 4, Comm. n° 66, note E. Viganotti.

¹⁷⁴⁸ § 35 de l'arrêt précité.

¹⁷⁴⁹ G. Khairallah, La loi applicable à la succession, dans G. Khairallah et M. Revillard, *Perspectives du droit des successions européennes et internationales, études de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, op. cit., pp. 61-79, spéc. p. 64 ; Voir également M. Farge, Était-il opportun de définir la notion de résidence habituelle en droit international privé communautaire ? À propos de Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2005, *Dr. fam.* 2006, Études, n° 17, pp. 19-20, spéc. p. 20.

B. L'hostilité manifestée à l'égard du principe de souveraineté

475. S'il est incontestable que la résidence habituelle constitue un « critère clef »¹⁷⁵⁰ dans le droit international privé européen de la famille, ce constat est insuffisant pour caractériser l'influence du principe européen de non-discrimination. Il faut en effet relever que le critère de proximité est également privilégié par les Conventions de La Haye ayant trait au droit international privé de la famille ainsi que par le droit international privé de quelques Etats membres. Il convient de rechercher l'influence du principe de non-discrimination dans la place accordée par le droit de l'Union européenne au principe de souveraineté. S'il est vrai que les instruments retiennent davantage le critère de la résidence habituelle, ils n'ont pas pour autant fait disparaître le critère de la nationalité. On le retrouve en effet parmi les chefs de compétence alternatifs dans le règlement *Bruxelles II Bis*, les critères hiérarchisés permettant de désigner la loi applicable au divorce ou à la séparation de corps dans le règlement Rome III, les critères d'élection de *for* en matière d'obligation alimentaire ainsi que parmi les chefs de compétence hiérarchisés et les critères de choix de la loi applicable aux régimes matrimoniaux¹⁷⁵¹.

476. Il faut néanmoins relever que le droit de l'Union européenne limite l'usage de ce critère aux hypothèses où les parties ont une nationalité commune, excepté lorsque les parties ont le choix de la compétence ou de la loi applicable. Cela est d'autant plus frappant que le renvoi à la loi du *for* pour désigner la juridiction compétente en matière d'obligation alimentaire est inapplicable lorsque la compétence est fondée uniquement sur la nationalité d'une des parties¹⁷⁵². En outre, en matière de responsabilité parentale on assiste à « un recul de la nationalité comme chef autonome de compétence »¹⁷⁵³. En effet, ce critère doit être corroboré par d'autres éléments pour justifier la compétence du juge d'un Etat membre¹⁷⁵⁴. Les autorités normatives de l'Union européenne partent donc du principe que le lien de proximité qu'entretient le droit national avec le statut personnel est relâché¹⁷⁵⁵, voire rompu,

¹⁷⁵⁰ C. Nourissat, Le champ d'application de la proposition de règlement, dans G. Khairallah et M. Revillard, *Perspectives du droit des successions européennes et internationales, études de la proposition de règlement du 14 octobre 2009, op. cit.*, pp. 17-33, spéc. p. 28.

¹⁷⁵¹ Art. 5 et 16 de la proposition de règlement relative aux régimes matrimoniaux.

¹⁷⁵² Voir l'article 3 du règlement (CE) n° 4/2009.

¹⁷⁵³ S. Corneloup, Les règles de compétence relatives à la responsabilité parentale, dans H. Fulchiron et C. Nourissat, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale, op. cit.*, pp. 69-84, spéc. p. 72.

¹⁷⁵⁴ Voir notamment l'art. 12. §3. a) et l'art. 15. §3. c) du règlement *Bruxelles II Bis*.

¹⁷⁵⁵ Voir dans ce sens A. Bucher, La famille en droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 2000, t. 283, pp. 13-186, spéc. p. 52.

en faveur du droit de la résidence habituelle dès lors que la personne use de sa liberté de circulation au sein de l'Union européenne. Toutefois, elles reconnaissent la possibilité pour les citoyens européens de rétablir ce lien de proximité en faisant le choix d'opter pour l'application de la loi de leur nationalité.

477. Ainsi, l'Union européenne retient seulement la fonction localisatrice du critère de nationalité qui relève dès lors du principe de proximité et non de souveraineté¹⁷⁵⁶. Ce dernier est en effet ignoré par le droit international privé de la famille élaboré par l'Union européenne. Les règles adoptées ne laissent aucune place au privilège de nationalité, aux fors de contrainte et aux fors dits exorbitants¹⁷⁵⁷. Aussi peut-on dire que « le principe de souveraineté subit un effacement certain »¹⁷⁵⁸ au profit du principe de proximité. L'absence du principe de souveraineté caractérise la volonté des autorités de l'Union européenne de lutter contre toute discrimination fondée sur la nationalité. L'hostilité manifestée par les instances normatives à l'égard de ce principe lorsque les parties ne disposent pas de la même nationalité permet de le démontrer. Admettre que la nationalité d'une seule partie puisse justifier la compétence d'une juridiction ou bien désigner la loi applicable constitue un privilège de nationalité. Or celui-ci induit un traitement discriminatoire fondé sur la nationalité. Et c'est parce qu'une telle discrimination va à l'encontre de la logique d'intégration de l'Union européenne, que les instances normatives européennes sont hostiles¹⁷⁵⁹ à l'application du principe de souveraineté dans une telle hypothèse. A l'inverse, lorsque les deux parties ont la même nationalité elles sont sur un pied d'égalité quant à l'issue du litige. Le maintien du critère de la nationalité, dans cette hypothèse, permet aux parties de défendre les valeurs familiales qu'elles ont acquises dans l'Etat dont elles sont ressortissantes et qu'elles ont conservé malgré leur mobilité. Il marque, dès lors, l'intérêt que le droit de

¹⁷⁵⁶ Voir dans ce sens J. Basedow, Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne, *R.C.D.I.P.*, 2010, pp. 427-484, spéc. pp. 443 et 449

¹⁷⁵⁷ J.-F. Kriegk, La gestion des conflits internationaux en matière civile : de la communauté des sources à l'harmonisation des normes ?, *LPA*, 2000, n° 32, pp. 10-16, spéc. p. 13 ; J. Minot, Les incidences pratiques du règlement « Bruxelles II bis » en matière de responsabilité parentale, *AJ. fam.* 2005, n° 7-8, pp. 260-262, spéc. p. 260.

¹⁷⁵⁸ M. Fallon, Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne, dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 241-262, spéc. p. 244. Voir également dans ce sens, J. Heymann, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, 2010, spéc. n° 437. Selon l'auteur, « en droit international privé des personnes, la nationalité fait aujourd'hui figure de rattachement subsidiaire récessif ».

¹⁷⁵⁹ G. Lardeux, L'introduction des règles de conflit de lois, dans A. Leborgne et I. Barrière-Brousse (dir.), *Actualité du droit international privé de la famille*, P.U.A.M., 2009, pp. 91-124, spéc. p. 122.

l'Union européenne porte au respect des identités culturelles¹⁷⁶⁰, en particulier lorsqu'elles sont partagées par les deux parties au litige. En outre, si le droit de l'Union européenne autorise les parties à choisir le juge ou la loi de l'Etat membre dont une seule a la nationalité c'est parce que la situation discriminatoire n'est pas subie, mais volontairement acceptée par la partie non ressortissante de l'Etat dont le juge est désigné compétent ou dont la loi est reconnue applicable. En d'autres termes, l'accord des parties « purge la discrimination »¹⁷⁶¹.

478. Le même raisonnement est applicable à la proposition de règlement en matière de successions. Cet instrument prévoit que la loi applicable à la succession est celle de l'Etat dans lequel le défunt avait sa résidence au moment du décès s'il n'a pas choisi la loi de l'Etat dont il possédait la nationalité¹⁷⁶². La possibilité offerte au défunt de choisir sa loi nationale ne va en effet créer aucune situation discriminatoire à l'égard de quiconque¹⁷⁶³ puisque les héritiers se verront appliquer la même loi.

§2. Le choix de règles favorisant la libre circulation des personnes

479. Il convient de relever l'adoption de règles adaptées à la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne. Si le règlement *Bruxelles II* puis le règlement *Bruxelles II Bis* ont opté pour une réglementation souple sans hiérarchisation des critères de rattachement en ce qui concerne la détermination de la compétence internationale en matière de désunion, c'est notamment en vue de répondre au mieux à la mobilité des personnes¹⁷⁶⁴ et aux changements de situation à la suite des crises conjugales¹⁷⁶⁵. Les différents critères proposés tiennent compte, en effet, de la situation dans laquelle l'un des époux retournerait dans son pays d'origine du fait de la crise conjugale c'est-à-dire fixerait sa nouvelle résidence dans le pays où il était domicilié ou dont il était ressortissant avant le mariage. Ainsi, parce que les

¹⁷⁶⁰ P. Lagarde, Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille, *Ann. de l'Institut de droit international*, 2005, vol. 71-I, pp. 11-115, spéc. p. 89.

¹⁷⁶¹ G. Lardeux, La révision du règlement Bruxelles II « bis » : perspectives communautaires sur les désunions internationales, *D.* 2008.chron.795, spéc. p. 800.

¹⁷⁶² Art. 16 et 18 de la proposition de règlement relative aux successions.

¹⁷⁶³ J. Basedow, Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne, *art. préc.*, spéc. p. 445.

¹⁷⁶⁴ Voir le rapport explicatif de la Convention de *Bruxelles II*, spéc. §27, p. 36 et 37.

¹⁷⁶⁵ N. Watté et H. Boularbah, le règlement communautaire en matière matrimoniale et de responsabilité parentale (Règlement dit « Bruxelles II »), *RTD. fam.*, 2000, n° 4, doctr., pp. 539-604, spéc. p. 550. Voir le rapport explicatif de la Convention de *Bruxelles II*, spéc. §28, p. 37.

critères retenus par le droit de l'Union européenne en matière familiale reposent sur l'exigence d'un lien de rattachement réel entre un Etat membre et les personnes concernées et parce que ces mêmes personnes peuvent circuler librement au sein de l'Union européenne, les instances normatives sont contraintes d'adopter des règles flexibles permettant d'englober diverses situations.

480. Le même constat s'impose en ce qui concerne la compétence en matière de responsabilité parentale. Le règlement *Bruxelles II Bis* prévoit une règle de principe, celle de la compétence des juridictions de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant. Ce principe a néanmoins été assorti d'exceptions destinées à régler « les situations transitoires provoquées par un déplacement de l'enfant d'un Etat membre dans un autre »¹⁷⁶⁶. Les autorités normatives ont une nouvelle fois pris en considération le risque de changement brutal de la résidence de l'enfant du fait de la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne. Autrement dit, les rédacteurs du règlement *Bruxelles II Bis* ont adapté les règles conflictuelles aux difficultés soulevées par la liberté de circulation des personnes.

481. La volonté des autorités normatives de l'Union européenne de favoriser la libre circulation des personnes se traduit surtout à travers, d'une part, la consécration du principe d'autonomie (A) et, d'autre part, la promotion de l'efficacité des jugements étrangers (B).

A. La consécration du principe d'autonomie

482. L'introduction du critère de l'autonomie de la volonté en droit international privé communautaire de la famille est une innovation consacrée dans le règlement n° 4/2009 relatif aux obligations alimentaires¹⁷⁶⁷ et dans le règlement *Rome III*¹⁷⁶⁸. Elle est également envisagée dans toutes les autres matières familiales par les instruments en cours d'adoption¹⁷⁶⁹. Ce critère laisse le soin aux parties de choisir d'un commun accord la loi applicable à leur litige et, plus exceptionnellement en matière d'obligations alimentaires, la

¹⁷⁶⁶ S. Corneloup, Les règles de compétence relatives à la responsabilité parentale, dans H. Fulchiron et C. Nourissat, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, *op. cit.*, spéc. p. 72.

¹⁷⁶⁷ Art. 4 et 15 du règlement (CE) n° 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligation alimentaire.

¹⁷⁶⁸ Art. 5 du règlement (UE) n° 1259/2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

¹⁷⁶⁹ Voir l'article 17 de la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de succession et à la création d'un certificat successoral européen ; Voir également l'article 16 de la proposition de règlement relative aux régimes matrimoniaux.

juridiction compétente. Ce critère n'est pas une nouveauté¹⁷⁷⁰ dans le droit international privé de l'Union européenne puisqu'il a été retenu depuis 1980 en matière contractuelle par la Convention de Rome, devenue règlement *Rome I*. Si le recours à ce critère semble normal dans une matière régie par le principe de l'autonomie de la volonté, il l'est moins dans une matière où les droits ont traditionnellement un caractère indisponible¹⁷⁷¹.

483. La jurisprudence française a appliqué pour la première fois la loi d'autonomie lors d'une consultation établie en 1525 par Dumoulin en ce qui concerne le régime matrimonial des époux de Ganay, puis en 1935 dans l'arrêt *Zelcer*¹⁷⁷². L'autonomie de la volonté a commencé à pénétrer le droit international privé de la famille, d'origine conventionnel ou interne, à compter de la fin des années 1970¹⁷⁷³. L'introduction de ce critère est le résultat d'une évolution qui touche depuis quelques années le droit de la famille : il s'agit de la contractualisation du droit de la famille¹⁷⁷⁴. Elle traduit l'idée d'un mouvement consistant à donner un rôle de plus en plus important aux accords de volonté dans l'organisation des relations familiales et dans la résolution des conflits familiaux¹⁷⁷⁵. On en trouve plusieurs manifestations en droit français. Le nouveau droit du divorce français est marqué par la place essentielle consentie aux accords de volonté¹⁷⁷⁶. Non seulement les époux ont le choix entre plusieurs types de divorce, mais ils peuvent également passer en cours d'instance, ou même après, des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce¹⁷⁷⁷. Le droit du nom et de l'autorité parentale issus des lois du 4 mars 2002 apporte également sa contribution à ce

¹⁷⁷⁰ A. von Overbeck, L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé, dans *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à F. Rigaux*, Bruylant, 1993, pp. 619-636.

¹⁷⁷¹ I. Barrière-Brousse, Le règlement Bruxelles II *Bis* et sa révision. Les règles de conflit de juridictions, dans A. Leborgne et I. Barrière-Brousse (dir.), *Actualité du droit international privé de la famille*, P.U.A.M., 2009, pp. 71-90, spéc. p. 82. Sur l'idée que la volonté des personnes investit de plus en plus les matières indisponibles du droit de la famille, B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, L.G.D.J., 1996, spéc. pp. 372 et s. ; J.-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Bruylant, 1992, spéc. p. 41 ; M. Hunter-Henin, *Pour une redéfinition du statut personnel*, P.U.A.M., 2004, spéc. n° 47 et s. ; H. Muir-Watt, L'internationalité et le droit de la famille, *Rev. Lamy, Dr. aff.*, 2002, n° 46, études, n° 2978, pp. 51-57, spéc. p. 53.

¹⁷⁷² Cass. Req., 4 juin 1935 : *R.C.D.I.P.* 1936, p. 755, note Basdevant ; S. 1936, p. 377, rapport Pilon, note Niboyet. Voir également B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 2006, 5^e éd., n° 15, p. 128 et s.

¹⁷⁷³ P. Gannagé, La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille, *R.C.D.I.P.* 1992, pp. 425-454, spéc. pp. 425 et 439.

¹⁷⁷⁴ H. Gaudemet-Tallon, La désunion du couple en droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1991-I, t. 226, pp. 1-279, spéc. p. 105 ; I. Barrière-Brousse, La révision du règlement Bruxelles II « bis » : perspectives communautaires sur les désunions internationales, *D.* 2008, chron., pp. 625-630, spéc. p. 628.

¹⁷⁷⁵ D. Fenouillet et P. De Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation du droit de la famille*, Economica, 2001, spéc. p. 82.

¹⁷⁷⁶ M. Giacomelli, L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés, *R.T.D. civ.*, 2001, p. 505.

¹⁷⁷⁷ Art. 268 du Code civil.

vaste élan de contractualisation du droit de la famille français. Les accords des parents mariés ou non y sont valorisés. La loi leur permet en effet de choisir d'un commun accord le nom de famille de leur enfant et leur reconnaît une plus grande liberté dans l'organisation conventionnelle des modalités d'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation¹⁷⁷⁸.

484. Ce « phénomène de privatisation du droit de la famille gagne [ainsi] également le droit international privé [et] se traduit par une plus grande place laissée à la volonté dans le choix de la loi applicable »¹⁷⁷⁹. Néanmoins, compte tenu du particularisme du droit de la famille, les règles de droit international privé de l'Union européenne encadrent le choix des parties en veillant à ce que la loi applicable entretienne un lien étroit avec la situation en cause. La liberté des parties est donc encadrée par le principe de proximité. Tous les instruments adoptés ou en voie d'adoption fixent en effet une liste limitative de critères de rattachement, parmi lesquels les parties devront opérer leur choix. Cet encadrement de l'autonomie de la volonté tend à éviter l'application de lois exotiques n'ayant aucun lien avec les parties ou la situation juridique en cause.

485. Le choix du critère de l'autonomie de la volonté dans la matière familiale a pu surprendre étant donné le peu de succès de ce critère dans le droit interne des Etats membres¹⁷⁸⁰. Pourtant ce choix trouve une explication dans les objectifs de l'Union européenne. Il est pour les institutions de l'Union européenne un critère pertinent favorisant la prévisibilité juridique et la libre circulation des personnes¹⁷⁸¹. Le lien entre le choix du critère de l'autonomie de la volonté et le souhait de l'Union européenne de favoriser la mobilité des citoyens européens¹⁷⁸² apparaît clairement dans les considérants 13 et 23 de la proposition de

¹⁷⁷⁸ M. Rebourg, Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant, *Dr. fam.*, 2004, n° 7/8, p. 11.

¹⁷⁷⁹ B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, *op. cit.*, spéc. p. 372. Voir dans le même sens B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 6^e Ed., 2010, spéc. n° 151, p. 145.

¹⁷⁸⁰ M. Goré, « De la mode »... dans les successions internationales : contre les prétentions de la *professio juris*, dans *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, pp. 193-201; M. van Seggelen et B. Basseville, La *professio juris* : une institution méconnue à découvrir, *LPA*, 14 avril 2005, n° 74, pp. 44-46. Voir le livre vert sur les successions, spéc. p. 6 et l'exposé des motifs de la proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale, COM(2006)399.

¹⁷⁸¹ Voir dans ce sens, H. Gaudemet-Tallon, Incertaines familles, incertaines frontières : quel droit international privé ?, dans *Mélanges en l'honneur de M. Revillard*, Defrénois, 2007, pp. 147-168, spéc. p. 162. L'auteur écrit notamment : « Il est significatif que la volonté privée soit appelée à jouer un rôle : c'est sans doute là une façon de tenir compte tant du maintien des frontières et donc de la différence des droits matériels que de la plus grande perméabilité de ces frontières ».

¹⁷⁸² C. Nourissat, La loi applicable, dans Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union, *AJ. fam.* 2009, n° 3, pp. 101-107, spéc. p. 105 et du même auteur, De quelques rattachements en droit international privé

règlement mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Le considérant 13 est ainsi rédigé : « Accroître la mobilité des citoyens requiert davantage de flexibilité, d'une part, et une plus grande sécurité juridique, d'autre part. Pour répondre à cet objectif, le présent règlement devrait renforcer l'autonomie des parties en matière de divorce et de séparation de corps en leur laissant une certaine possibilité de choisir la loi applicable à leur divorce et à leur séparation de corps ». Concernant le choix de la loi applicable aux régimes matrimoniaux, la commission a également déclaré que la possibilité de choix laissée aux époux permet « de tenir compte de la mobilité des citoyens et de respecter l'autonomie de la volonté des époux tout en offrant une sécurité juridique »¹⁷⁸³ à chacun d'eux.

486. Il faut reconnaître que les citoyens européens auront moins de réticence à se déplacer en Europe s'ils sont assurés de la loi applicable à leur situation familiale quel que soit l'Etat membre où ils se trouvent et, en quelque sorte, assurés que leur statut familial ne changera pas au gré de leurs déplacements. En d'autres termes, ils sont sûrs de l'application d'un droit conforme à l'idée culturelle qu'ils se font de la famille. La circulation des citoyens européens est ainsi favorisée par la possibilité qui leur est offerte, par le biais du choix de la loi applicable, de faire circuler avec eux leur conception de la famille. Cette idée ressort particulièrement de la communication de la commission intitulée « Lever les incertitudes liées aux droits patrimoniaux des couples internationaux », puisqu'on peut y lire qu'« en cas de changement de résidence habituelle d'un Etat membre vers un autre Etat membre, les époux pourront changer sans difficulté la loi applicable à leur régime matrimonial »¹⁷⁸⁴.

487. C'est d'ailleurs ce même principe de l'autonomie de la volonté que la CJCE a retenu¹⁷⁸⁵, dans l'arrêt *Hadadi* du 16 juillet 2009¹⁷⁸⁶, concernant la question du conflit de nationalités qui a été posée dans le cadre de l'application du règlement *Bruxelles II Bis*. La

communautaire, dans *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 731-756, spéc. p. 748 et s.

¹⁷⁸³ Voir la communication « Lever les incertitudes liées aux droits patrimoniaux des couples internationaux, COM (2011) 125 final, spéc. point 6.2.

¹⁷⁸⁴ COM (2011) 125 final, spéc. point 6.2.

¹⁷⁸⁵ Voir dans ce sens, C. Kessedjian, La relation des textes de référence avec le droit primaire, dans M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2009, pp. 119-133, spéc. p. 130. Voir également V. Egéa, obs. ss CJCE, 16 juillet 2009, *D.* 2009, p. 2106, spéc. p. 2107.

¹⁷⁸⁶ CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-168/08, J.O. n° C 220/11, du 12 sept. 2009 : *R.T.D. eur.* 2010, pp. 769-774, note P. Lagarde ; *Procédures* 2009, n° 11, comm. 361, note C. Nourissat ; *J.D.I.* 2010, pp. 163-183, note L. D'Avout ; *AJ fam.* 2009, n° 9, p. 348, obs. A. Boiché ; *D.* 2009, act., p. 2106, obs. V. Egéa ; *Europe*, 2009, Comm. n° 389, note L. Idot.

CJCE avait alors été saisie de plusieurs questions préjudicielles par la Cour de cassation française¹⁷⁸⁷. Cette dernière, confrontée à une affaire de divorce impliquant un cas de litispendance en raison de la saisine par chacun des époux du tribunal d'un Etat membre différent, mais dont ils avaient tous deux la nationalité, a demandé à la CJCE de préciser l'interprétation de l'art. 3.1. b) du règlement *Bruxelles II Bis* en cas de binationalité des époux. La CJCE n'a pas retenu les solutions traditionnellement consacrées par le droit interne des Etats membres et a ainsi refusé de faire prévaloir la nationalité du *for* ou la nationalité effective pour leur préférer la juridiction d'une de leur nationalité choisie par les époux. Même si cette solution aggrave le risque de *forum shopping* déjà existant, elle a le mérite de coïncider avec les objectifs de l'Union européenne. En effet, en appliquant le principe d'autonomie consacré récemment par le droit international privé de la famille de l'Union européenne, la CJCE a permis d'assurer le respect du principe fondamental de non-discrimination fondé sur la nationalité. Le fait de laisser aux époux le choix du juge de l'un des Etats membres dont ils ont la nationalité place les deux nationalités sur un « pied d'égalité »¹⁷⁸⁸. Les institutions de l'Union européenne semblent consacrer cette jurisprudence¹⁷⁸⁹, puisque le considérant 22 du règlement *Rome III* dispose que « lorsque, aux fins de l'application de la loi d'un Etat, 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 de l'Union européenne ».

488. Une seule matière fait exception à cette tendance du droit de l'Union européenne à « la généralisation de la reconnaissance des accords sur la loi applicable en droit de la famille »¹⁷⁹⁰ : il s'agit des effets patrimoniaux du partenariat enregistré. En effet, la proposition de règlement exclut la possibilité pour les partenaires de choisir la loi applicable aux effets du partenariat enregistré. L'article 15 de la proposition soumet impérativement ces effets à la loi du lieu d'enregistrement du partenariat. Si ce choix semble conforme à la volonté des institutions de l'Union européenne de préserver la diversité des droits nationaux de la famille, il semble moins conforme au principe de non-discrimination. Il est en effet difficile d'admettre que la loi d'un Etat membre soit applicable à un partenariat enregistré

¹⁷⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 16 avril 2008, pourvoi n° 07-11.648 : *Procédures* 2009, comm. n° 172, pp. 16-17, note C. Nourissat.

¹⁷⁸⁸ P. Lagarde, note sous l'arrêt *Adadi*, *préc.*, spéc. p. 773.

¹⁷⁸⁹ Voir dans ce sens M. Velletti, E. Calò et D. Boulanger, La discipline européenne du divorce, *JCP, N*, 2011, n° 19, étude n° 1160, pp. 29-35, spéc. p. 32.

¹⁷⁹⁰ D. Boulanger, Régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Deux propositions de règlements de l'Union, *JCP, N*, 2011, n° 14-15, act. n° 359, spéc. p. 8.

alors même que cet Etat ne reconnaît pas cette forme de conjugalité. Une telle perspective aurait pu être considérée comme une faveur faite à l'égard du partenariat enregistré en vue de l'imposer progressivement aux Etats réfractaires. Néanmoins, dans un souci de traitement égalitaire des couples mariés et des partenaires sur le plan du droit international privé, il aurait été plus opportun de reconnaître une faculté de choix de la loi applicable aux effets du partenariat en soumettant ce choix à la condition, d'une part, que la loi applicable soit celle d'un pays ayant reconnu le partenariat enregistré et que, d'autre part, cette loi présente un lien étroit avec la situation. Cette double condition avait le mérite non seulement de satisfaire le principe d'égalité, mais aussi de garantir le respect de la diversité.

B. La promotion de l'efficacité des jugements étrangers

489. La justice relevant du pouvoir souverain des Etats membres, la circulation des jugements n'a pas été inscrite parmi les libertés fondamentales garanties par les traités fondateurs et modificatifs de l'Union européenne¹⁷⁹¹. Les institutions normatives ont néanmoins placée la libre circulation des jugements au cœur de la coopération judiciaire civile¹⁷⁹². Cette ambition d'ordre politique est jugée indispensable à la réalisation d'un objectif institutionnalisé de l'Union, à savoir la libre circulation des personnes. Par ce moyen, l'Union européenne veille, en effet, à ce que la mobilité intra-européenne ne soit pas pour les individus un obstacle à l'exercice de leurs droits familiaux. Assurés de pouvoir se prévaloir de leurs droits dans un Etat membre autre que le leur, les citoyens manifestent moins de réticence à exercer leur liberté de circulation. Parce que la libre circulation des actes judiciaires implique une acceptation réciproque entre Etats membres des effets des décisions étrangères, le principe de reconnaissance mutuelle a été considéré comme la pierre angulaire¹⁷⁹³ de la coopération judiciaire civile¹⁷⁹⁴. La mise en œuvre efficace de ce principe a été jugée

¹⁷⁹¹ J.-P. Puissochet, La libre circulation des jugements : réalité et perspectives, dans *Les effets des nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne, op. cit.*, pp. 1-17, spéc. p. 3.

¹⁷⁹² Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere, spéc. VI. §33. M.-L. Niboyet, La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international, dans J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet, *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruylant, 2003, pp. 153-181, spéc. p. 159. Selon l'auteur, la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice a conduit « à la consécration d'une nouvelle liberté, la liberté de circulation des jugements et des titres juridiques ».

¹⁷⁹³ Projet de programme de mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale qui se réfère au Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, J.O.C.E. n° C. 12 du 15 janvier 2001, p.1.

¹⁷⁹⁴ J. Lelieur et L. Sinopoli, Approche critique du vocabulaire juridique européen : la reconnaissance mutuelle en débat, *LPA*, 22 févr. 2010, n° 37, pp. 7- 18, spéc. p. 8. La commission dans sa communication intitulée « Lever les incertitudes liées aux droits patrimoniaux des couples internationaux » énonce que les règles de

indissociable de l'existence d'une relation de coopération entre les différents acteurs de la justice civile¹⁷⁹⁵. C'est la raison pour laquelle, l'Union européenne a multiplié les initiatives, d'une part, en vue d'élaborer des règles uniformes tendant à assouplir les procédures de réception des décisions de justice d'origine étrangère **(1)** et, d'autre part, aux fins de renforcer, en la matière, la confiance mutuelle **(2)**.

1. L'assouplissement des procédures de réception des jugements étrangers

490. Le droit de l'Union européenne a retenu une dichotomie commune aux Etats membres en ce qui concerne la réception des jugements étrangers¹⁷⁹⁶. Il distingue en effet deux degrés dans l'effet de la décision étrangère¹⁷⁹⁷ : la reconnaissance, qui vise la réalisation des effets non contraignants du jugement étranger, et l'exécution, qui tend à l'efficacité normative¹⁷⁹⁸ du jugement étranger par attribution de la force exécutoire. Les institutions de l'Union européenne n'ont pas, cependant, retenu le régime juridique applicable dans les Etats membres. Ces derniers soumettent en effet la reconnaissance des décisions étrangères à des conditions rigoureuses et l'exécution à une procédure complexe, longue et coûteuse. Dans un souci de libre circulation des jugements familiaux¹⁷⁹⁹, le droit international privé de la famille de l'Union européenne vise à faciliter leur reconnaissance **(a)** et à accélérer leur exécution **(b)**.

a. La reconnaissance des décisions étrangères facilitée

491. La reconnaissance des décisions étrangères est facilitée dans la mesure où le droit de l'Union européenne instaure un principe de reconnaissance automatique **(1°)** et limite les motifs de non reconnaissance **(2°)**.

1°) L'automaticité de la reconnaissance des décisions étrangères

492. L'ensemble des instruments ayant trait à la matière familiale prévoit que les décisions judiciaires prononcées dans un Etat membre sont reconnues de plein droit dans les autres

reconnaissance et d'exécution retenues visent à assurer la libre circulation des décisions au sein de l'Union, COM (2011) 125 final, spéc. point 6.3.

¹⁷⁹⁵ Rapport du groupe de travail « Renforcer la confiance mutuelle » du Réseau européen des Conseils de la justice, 4 févr. 2008, spéc. point 2. Consultable sur :

<http://www.csm.it/ENCJ/pdf/relazioneFinaleMUTUALCONFIDENCE-FR.pdf>

¹⁷⁹⁶ H. Péroz et E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, Litec, 2010, spéc. n° 31.

¹⁷⁹⁷ B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 6^e Ed., 2010, spéc. n° 590.

¹⁷⁹⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 9^e Ed., 2007, spéc. p. 739, n° 493.

¹⁷⁹⁹ H. Labayle, Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne, *Cah. dr. eur.* 2004, n° 5/6, pp. 591-661, spéc. p. 634.

Etats membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à une quelconque procédure complémentaire. Cette règle est applicable en ce qui concerne les obligations alimentaires¹⁸⁰⁰, la désunion et la responsabilité parentale¹⁸⁰¹. Elle est en outre prévue en matière successorale¹⁸⁰² et en ce qui concerne les effets patrimoniaux du mariage¹⁸⁰³ et du partenariat enregistré¹⁸⁰⁴. Le droit de l'Union européenne entend ainsi étendre à l'ensemble des décisions rendues en matière familiale, un principe que le droit interne français réserve ordinairement aux jugements relatifs à l'état et à la capacité des personnes.

493. Par ce biais, l'Union européenne souhaite permettre à chaque citoyen européen de se prévaloir des actes judiciaires ou extrajudiciaires dont ils sont porteurs pour justifier de leur statut familial, modifier leur état civil, voire jouir des droits inhérents au statut familial qui leur est reconnu. L'exposé des motifs de la proposition de règlement *Bruxelles II* est particulièrement évocateur sur ce point. La Commission s'était alors exprimée dans ces termes : « l'article 14 introduit à l'évidence un changement important pour les citoyens européens puisque la mise à jour des actes d'état civil¹⁸⁰⁵ est l'effet de l'*exequatur* le plus fréquemment recherché : après l'entrée en vigueur du Règlement, cette disposition entraînera un gain de temps et d'argent puisque la mise à jour des actes se fera sans qu'une autre décision ne soit nécessaire »¹⁸⁰⁶. Le principe de la reconnaissance automatique instaure en effet une présomption de régularité du jugement qui rend inutile un contrôle juridictionnel de cette régularité. C'est seulement en cas de contestation qu'un juge sera appelé à se prononcer sur la régularité de la décision dans le cadre d'une action principale ou incidente en reconnaissance ou en non reconnaissance¹⁸⁰⁷. Toujours guidées par l'objectif de libre

¹⁸⁰⁰ Art. 33 du règlement (CE) n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 23 §1 du règlement (CE) n° 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

¹⁸⁰¹ Art. 14 du règlement (CE) n° 1347/2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs ; Art. 21 du règlement (CE) n° 2201/2003 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. Voir C. Nourissat et A. Devers, *Reconnaissance et exécution des jugements en matière matrimoniale et responsabilité parentale*, *R.L.P.C.* 2005, étude 265.

¹⁸⁰² Art. 29 de la proposition de règlement sur les successions, COM (2009)154 final.

¹⁸⁰³ Art. 26 de la proposition de règlement relative aux régimes matrimoniaux, COM (2011) 126/2.

¹⁸⁰⁴ Art. 21 de la proposition de règlement relative aux effets patrimoniaux du partenariat enregistré, COM (2011) 127/2.

¹⁸⁰⁵ Voir l'art. 21 §2 du règlement Bruxelles II Bis.

¹⁸⁰⁶ A. Marmisse, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, PULIM, 2000, spéc. n° 665, p. 333.

¹⁸⁰⁷ Voir l'art. 21 §3 et §4 du règlement Bruxelles II Bis ; l'art. 23 §2 et §3 du règlement n° 4/2009 relatif aux obligations alimentaires ; l'art. 29 al. 2 de la proposition de règlement relative aux successions.

circulation des jugements familiaux, les institutions de l'Union européenne ont allégé ce contrôle de la régularité en limitant les motifs de non reconnaissance.

2°) *La limitation des motifs de non reconnaissance des décisions étrangères*

494. Le droit de l'Union européenne a réduit « au minimum nécessaire »¹⁸⁰⁸ les motifs de non-reconnaissance des jugements familiaux. Leur nombre est en effet restreint par rapport à ceux traditionnellement retenus par le droit interne des Etats membres¹⁸⁰⁹. Ainsi, si le dispositif européen a maintenu certains points de contrôle, d'autres ont été soustraits du contrôle de régularité. Les instruments adoptés ou en cours d'adoption en matière familiale retiennent, à une exception près, les mêmes motifs de non-reconnaissance. On peut en effet répertorier trois conditions communes aux divers instruments et une condition supplémentaire propre au droit de la responsabilité parentale. La régularité des actes judiciaires établis en matière familiale est soumise à la loyauté de l'acte introductif d'instance, à l'absence de conflit de jugements et au respect de l'ordre public de l'Etat requis.

495. Une décision judiciaire ne peut être reconnue en matière familiale « si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat membre requis »¹⁸¹⁰. Le contrôle de l'ordre public est d'autant plus important qu'il permet non plus seulement d'aborder le contexte procédural de l'acte, mais d'appréhender sa dimension matérielle. Parce que le droit de la famille est une matière particulièrement sensible aux particularismes nationaux, le contrôle du respect de l'ordre public de l'Etat membre requis y trouve une explication légitime. Il est en effet justifié qu'un Etat membre requis puisse s'opposer à la reconnaissance sur son territoire d'une situation juridique en tout point incompatible avec ses valeurs. Les institutions de l'Union européenne ont néanmoins établi un certain équilibre entre le respect de la diversité des droits de la famille nationaux et la réalisation d'un véritable espace européen de justice civile en limitant la portée de l'ordre public. Ce dernier a un effet

¹⁸⁰⁸ Voir le considérant 21 du règlement (CE) n° 2201/2003 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 ;

¹⁸⁰⁹ Voir l'exposé des motifs de la proposition de règlement relative aux régimes matrimoniaux, COM (2011) 126/2, spéc. point 5.4.

¹⁸¹⁰ Art. 22, a). et 23 a). du règlement *Bruxelles II Bis* ; art. 24, a). du règlement n° 4/2009 relatif aux obligations alimentaires ; art. 30, a). de la proposition de règlement relative aux successions ; art. 27, a) de la proposition de règlement relative aux régimes matrimoniaux et art. 22, a) de la proposition de règlement relative aux effets patrimoniaux du partenariat enregistré.

atténué¹⁸¹¹ puisque seule la violation manifeste de l'ordre public justifie la non reconnaissance de la décision. En d'autres termes, la notion d'ordre public est ici limitée aux intérêts sociaux fondamentaux de l'Etat requis. La volonté de restreindre le concept d'ordre public est particulièrement présente dans le règlement *Bruxelles II Bis* puisque, conformément à l'article 25, la disparité des droits des Etats membres ne peut permettre le refus de reconnaissance. La seule différence entre les règles matérielles internes de l'Etat membre d'origine et de l'Etat membre requis n'est pas suffisante pour justifier un refus de reconnaissance. Il faudrait, en outre, que cette différence tende à perturber profondément l'ordre social de l'Etat requis. Par exemple, l'exception d'ordre public ne peut être utilisée afin de refuser la reconnaissance en Italie d'un jugement français prononçant un divorce pour altération définitive du lien conjugal pour la seule raison que le droit interne italien exige une durée minimum de séparation de 3 ans. En revanche, l'exception d'ordre public pourrait valablement être invoquée en vue de refuser la reconnaissance d'un jugement prononçant un divorce assimilable à une répudiation unilatérale faute de respect des droits de la défense de l'un des époux.

496. La même limitation est envisagée en matière d'effets patrimoniaux du partenariat enregistré puisque l'article 24 de la proposition prévoit que « la reconnaissance et l'exécution d'une décision ou d'une partie de décision relative aux aspects patrimoniaux d'un partenariat enregistré ne peut être refusée au motif que la loi de l'Etat membre requis ne connaît pas le partenariat enregistré ou ne lui attribue pas les mêmes effets ».

497. Cette règle tendant à limiter l'effet de l'ordre public en matière familiale consacre une solution retenue par la CJCE en matière civile et commerciale. La CJCE a en effet considéré dans les arrêts *Krombach* et *Maxicar* qu'« un recours à la clause de l'ordre public, figurant à l'article 27 § I de la convention [Bruxelles I] n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre Etat contractant heurterait

¹⁸¹¹ Expression empruntée à la Cour d'appel de Luxembourg dans un arrêt du 17 mai 2001, 8^{ème} chambre, n° 24914, inédit. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Luxembourg avait été saisie par un ex-époux afin que la reconnaissance et l'*exequatur* soit refusée à une décision française le condamnant à verser à son ex-femme une prestation compensatoire. Celui-ci se prévalait d'une violation de l'ordre public luxembourgeois étant donné que la prestation compensatoire française n'était pas assimilable à une prestation alimentaire au sens de la loi luxembourgeoise. La Cour d'appel a écarté cette argumentation en faisant valoir que « doit être rejetée l'idée de rétablir, sous le couvert de la notion d'ordre public, des causes supplémentaires de refus de reconnaissance et d'exécution, qui ne seraient en fin de compte qu'un réexamen du fond de l'affaire, strictement interdit par l'article 29 de la Convention [Bruxelles I]. Comme il s'agit de donner effet au Grand-Duché de Luxembourg à des droits acquis à l'étranger, l'ordre public n'intervient que par un effet atténué et l'exécution ne peut être refusée, même si la loi appliquée par le juge d'origine n'est pas celle qu'aurait appliquée le juge requis, ni même une loi équivalente ». Voir S. Vigand, *op. cit.*, spéc. n° 408.

de manière inacceptable l'ordre juridique de l'Etat requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental. Afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique »¹⁸¹².

498. Le même constat peut être fait dans la proposition de règlement relative aux successions. En effet, si l'article 27 §1 de la proposition permet d'écarter une disposition de la loi applicable si elle est incompatible avec l'ordre public du for sans exiger une incompatibilité manifeste, l'exposé des motifs de la proposition fait clairement apparaître que l'intervention de l'ordre public doit revêtir un caractère exceptionnel¹⁸¹³. En outre, il convient de relever que l'article 27 §2 tempère les effets de l'ordre public. Aux termes de ce texte, « une disposition ne saurait être contraire à l'ordre public du for du seul motif que ses modalités concernant la réserve héréditaire sont différentes de celles du for en vigueur ».

499. Aussi, peut-on dire que « le droit communautaire impose un seuil d'intervention de l'ordre public des Etats membres de l'Union européenne »¹⁸¹⁴. En limitant l'utilisation abusive du motif d'ordre public, laquelle viderait de son sens la libre circulation des décisions¹⁸¹⁵, le droit international privé de l'Union européenne concilie deux ambitions antagonistes : le maintien de la diversité des droits familiaux substantiels et la création d'un espace commun de justice civile¹⁸¹⁶. Cette technique juridique est ainsi l'une des manifestations concrètes de la devise de l'Union européenne : « unie dans la diversité ».

500. Les décisions ayant trait à l'exercice de la responsabilité parentale doivent, en plus, respecter le droit à être entendu des personnes principalement concernées. Cette exigence

¹⁸¹² Voir le § 37 de l'arrêt *Krombach* et le § 30 de l'arrêt *Maxicar*.

¹⁸¹³ Voir le commentaire de l'art. 27 dans l'exposé des motifs de la proposition de règlement relative aux successions.

¹⁸¹⁴ H. Péroz, Vers une simplification du règlement des successions internationales pour la pratique notariale. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil IP/09/1508, 14 oct. 2009, *JCP, N*, 2009, act. 679, pp. 5-8, spéc. p. 7.

¹⁸¹⁵ Voir le rapport explicatif relatif à la Convention de *Bruxelles II*, dit rapport A. Borrás, préc., spéc. § 76. Voir également, M. Droz, La codification du droit international privé des successions. Perspectives nouvelles, *T.C.F.D.I.P.*, 1966-1969, pp. 319-352, spéc. p. 335. Selon l'auteur, « Si l'on doit donc faire jouer l'ordre public chaque fois que les systèmes divergent [...], il n'est vraiment pas utile d'élaborer un traité ».

¹⁸¹⁶ Voir H. Muir Watt, Rapport de synthèse, dans *Les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne*, Colloque du Centre d'Etudes européennes, Bruylant, 2001, pp. 235-247, spéc. p. 235. Selon l'auteur, « l'enjeu consiste à créer un espace de libre circulation judiciaire sans atteindre les couches culturelles profondes du droit substantiel de la famille ».

concerne essentiellement les actes judiciaires ayant trait à la responsabilité parentale¹⁸¹⁷. Il s'agit d'une garantie additionnelle qui s'ajoute donc aux trois autres conditions de régularité. Une décision faisant obstacle à l'exercice de la responsabilité parentale d'une personne qui n'a pu être entendue est, conformément à l'article 23 d) du règlement *Bruxelles II Bis*, entachée d'irrégularité. Cette exigence découle une nouvelle fois de l'importance que l'Union européenne accorde aux droits de la défense et notamment au principe du contradictoire. En outre, l'article 23 b) du règlement *Bruxelles II Bis* témoigne de l'importance accordée aux droits fondamentaux de l'enfant et plus particulièrement son droit à être entendu dans les procédures qui le concernent puisque l'absence d'audition de l'enfant constitue un motif de non reconnaissance.

501. Dans un souci de cohérence avec sa politique de libre circulation des jugements familiaux le droit de l'Union européenne prohibe la révision au fond des décisions et supprime le contrôle de la compétence de l'autorité d'origine et de la loi appliquée. Cette interdiction figure à l'article 26 du règlement *Bruxelles II Bis*, à l'article 42 du règlement n° 4/2009 relatif aux obligations alimentaires, à l'article 31 de la proposition de règlement relative aux successions, à l'article 29 de la proposition de règlement relative aux régimes matrimoniaux et à l'article 25 de la proposition de règlement relative aux effets patrimoniaux du partenariat enregistré. Admettre une telle révision serait autoriser le juge requis d'exercer un contrôle sur l'appréciation des faits, mais aussi de l'application du droit substantiel de la famille. Parce qu'un tel contrôle induirait une certaine méfiance des autorités requises à l'égard des actes établis par les autorités d'origine, la confiance mutuelle sur laquelle repose le principe de reconnaissance mutuelle serait réduite à néant et l'espace judiciaire européen serait vidé de son sens. Aussi, la suppression du pouvoir de révision apparaît-elle « comme une donnée essentielle, nécessaire à l'instauration d'une libre circulation effective »¹⁸¹⁸ des jugements familiaux.

502. La présence de règles de compétence directe dans tous les instruments ayant trait à la matière familiale justifie l'interdiction du contrôle indirect. L'autorité requise doit ainsi faire confiance au contrôle de compétence effectué par le juge d'origine. L'article 24 du règlement *Bruxelles II Bis*, l'article 28 de la proposition de règlement relative aux régimes matrimoniaux et l'article 23 de la proposition de règlement relative aux effets patrimoniaux du partenariat

¹⁸¹⁷ Art. 23 b). et d). du règlement *Bruxelles II Bis*.

¹⁸¹⁸ A. Marmisse, *op. cit.*, n° 307, spéc. p. 166.

enregistré prévoient expressément cette interdiction. Les textes ayant trait aux obligations alimentaires et aux successions ne contiennent pas une telle disposition. La suppression du contrôle indirect de compétence doit néanmoins être déduit de l'article 24, a) du règlement n° 4/2009 et de l'article 30, a) de la proposition de règlement relative aux successions puisqu'aux termes de ces dispositions, l'incompétence du juge d'origine ne saurait être invoquée par le biais de l'exception de l'ordre public pour faire obstacle à la reconnaissance de la décision.

503. La suppression du contrôle de la loi appliquée, si elle n'a jamais été formulée expressément dans les textes, résulte non seulement de l'interdiction du contrôle des disparités entre les lois, mais aussi de l'uniformisation des règles de conflit de lois. A titre d'exemple, l'article 27 § 4 de la Convention de Bruxelles I avait retenu un contrôle exceptionnel de la loi applicable. Le texte énonçait que « si le tribunal de l'Etat d'origine, pour rendre sa décision a, en tranchant une question relative à l'état ou à la capacité des personnes physique, aux régimes matrimoniaux, aux testaments et aux successions, c'est-à-dire relative à un rapport familial, méconnu une règle de droit international privé de l'Etat requis, sa décision n'est pas reconnue ». Cette disposition, alors justifiée par la diversité des règles de conflit de lois des Etats membres en matière familiale, a été supprimée par le règlement n° 44/2001, c'est-à-dire une fois que les institutions de l'Union européenne ont reconnu la nécessité d'uniformiser les règles de conflit de lois en matière familiale.

504. La limitation du contrôle de régularité des décisions de justice ne vaut pas seulement pour la reconnaissance, elle est également applicable à l'exécution. Les motifs justifiant le refus d'exécution d'un jugement sont en effet identiques aux motifs de non reconnaissance. Le dispositif de l'Union européenne ne se contente pas de réduire au minimum les conditions de l'*exequatur*, il vise également à en accélérer la procédure.

b. L'exécution des décisions étrangères accélérée

505. Dès le Conseil européen de Tampere, les institutions de l'Union européenne ont entendu accélérer la procédure d'exécution en supprimant les mesures intermédiaires. Elles ont en effet estimé que certaines décisions relevant du domaine familial devaient être « automatiquement reconnues dans l'ensemble de l'Union sans procédure intermédiaire ni motifs de refus d'exécution »¹⁸¹⁹. Pour y parvenir, elles ont une nouvelle fois opté pour la

¹⁸¹⁹ Voir les Conclusions de la Présidence, § 34.

méthode des petits pas (1°). Et parce que seul un véritable climat de confiance mutuelle pourrait permettre une telle suppression, celle-ci est accompagnée de mesures tendant à une harmonisation minimale des procédures familiales (2°).

1°) La suppression progressive de la procédure d'exequatur

506. Le programme de mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle prévoit en effet une suppression de la procédure d'exequatur en trois étapes¹⁸²⁰. La première consiste à simplifier la procédure d'exequatur en réduisant les mesures intermédiaires, la deuxième à renforcer les effets des décisions étrangères par la mise en place d'une exécution provisoire et la dernière à supprimer les mesures intermédiaires. Les autorités normatives ont néanmoins précisé qu'il serait possible, dans certains cas, d'accéder directement à la suppression de la procédure d'exequatur.

507. Le premier stade a déjà été atteint par le règlement *Bruxelles I* et le règlement *Bruxelles II*¹⁸²¹ puisque les décisions rendues dans un Etat membre, qui y sont exécutoires et qui ont été signifiées ou notifiées, sont mises en exécution dans l'Etat membre d'accueil après y avoir été déclarées exécutoires sur requête de toute partie intéressée¹⁸²². La même mesure est envisagée en ce qui concerne les futurs instruments ayant trait aux successions et aux effets patrimoniaux du mariage et du partenariat enregistré. Les propositions de règlement¹⁸²³ renvoient d'ailleurs expressément au dispositif du règlement *Bruxelles I*¹⁸²⁴ en ce qui concerne la force exécutoire. A ce stade, la procédure d'exequatur est dite simplifiée puisque le contrôle effectué par le juge requis est « purement formel »¹⁸²⁵. Le demandeur à l'exécution doit en effet adresser une requête en déclaration de constatation de la force exécutoire devant le juge compétent et produire une expédition de l'acte étranger ainsi qu'un certificat délivré par le juge d'origine et éclairant le juge requis sur la portée et l'effet de la décision étrangère¹⁸²⁶. Une fois ces formalités accomplies, le juge requis n'a pas à vérifier la régularité

¹⁸²⁰ M. Tenreiro et M. Ekström, Unification of private international law in family law matters within the European Union, dans K. Boele-Woelki (éd.), *Perspectives for the unification and harmonization of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 185-193, spéc. p. 188.

¹⁸²¹ Voir art. 21, 32 et 33 du règlement *Bruxelles II* et art. 38, 53 et 54 du règlement *Bruxelles I*.

¹⁸²² Art. 38 du règlement *Bruxelles I* et art. 28 du règlement *Bruxelles II Bis*.

¹⁸²³ Art. 33 de la proposition de règlement relative aux successions ; art. 31 de la proposition de règlement relative aux régimes matrimoniaux et art. 27 de la proposition de règlement relative aux effets patrimoniaux du partenariat enregistré.

¹⁸²⁴ Elles renvoient aux articles 38 à 56 et 58 du règlement *Bruxelles I*.

¹⁸²⁵ H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 4^e Ed., 2010, n° 437, p. 354.

¹⁸²⁶ A. Devers, La reconnaissance et l'exécution des décisions sous l'empire du règlement « Bruxelles II bis », *AJ. fam.* 2005, n° 7-8, pp. 262-264, spéc. p. 262.

de l'acte. Il s'agit, en effet, d'une procédure unilatérale dans laquelle le juge requis doit statuer à bref délai, sans que la personne contre laquelle l'exécution est demandée ne puisse formuler des observations¹⁸²⁷. L'autorisation d'exécuter est ensuite notifiée au défendeur, lequel dispose d'un délai d'un mois pour exercer un recours contre cette décision. C'est seulement dans le cadre de ce recours contradictoire que le juge examinera s'il existe un motif de non reconnaissance.

508. Le règlement *Bruxelles I* a également atteint le deuxième stade en accompagnant la procédure simplifiée d'*exequatur* de mesures conservatoires, mais aussi de mesures tendant à l'exécution provisoire des jugements étrangers¹⁸²⁸. Ces règles devraient bientôt intégrer le dispositif ayant trait à l'exécution des décisions relatives à la responsabilité parentale, puisqu'une révision du règlement *Bruxelles II Bis* est projetée dans ce sens d'ici la fin 2013¹⁸²⁹.

509. Seules trois questions ont atteint le dernier stade. La procédure d'*exequatur* a été supprimée en matière d'obligations alimentaires¹⁸³⁰, de droit de visite et de retour de l'enfant¹⁸³¹. En ce qui concerne le droit de visite et le retour de l'enfant, le droit de l'Union européenne a établi un « titre exécutoire européen »¹⁸³², puisque dans ces matières les jugements exécutoires rendus par les autorités d'un Etat membre sont reconnus et jouissent de la force exécutoire dans un autre Etat membre sans qu'aucune déclaration ne soit requise et sans qu'il ne soit possible de s'opposer à sa reconnaissance et si la décision a été certifiée dans l'Etat membre d'origine¹⁸³³. L'autorité requise doit ainsi immédiatement déclarer le jugement exécutoire sans effectuer de contrôle de régularité dès lors que l'expédition de la décision et que le certificat délivré par l'autorité d'origine lui ont été remis. Le certificat,

¹⁸²⁷ Art. 24 §1 du règlement *Bruxelles I* ; art. 41 du règlement *Bruxelles I*.

¹⁸²⁸ Art. 47 du règlement *Bruxelles I*. Voir M.-L. Niboyet, La révision de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000, *G.P.* 10-12 juin 2001, pp. 943-949, spéc. p. 948.

¹⁸²⁹ Voir le communiqué de presse de la Commission de l'UE intitulé « La commission européenne entend renforcer les droits de l'enfant, 15 févr. 2011, Doc. IP/11/156, spéc. Annexe, point 3. Voir également F. Paulino Pereira, La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne : bilan et perspective, *R.C.D.I.P.*, 2010, pp. 1-36, spéc. p. 17.

¹⁸³⁰ Art. 17 du règlement (CE) n° 4/2009.

¹⁸³¹ Art. 41 § 1 et 42 §1 du règlement *Bruxelles II Bis*.

¹⁸³² A. Borrás, La libre circulation de la famille, *LPA*, 4 oct. 2007, n° 199, pp. 8-21, spéc. p. 16. Cette expression a été employée afin de faire le parallèle entre la procédure d'exécution applicable dans ces matières et celle instaurée concernant les créances incontestées. 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, *J.O.* n° L 143/15 du 30 avril 2004.

¹⁸³³ H. Péroz, Jugements étrangers et pratique notariale : l'apport du droit international privé communautaire, *JCP.* N. 2004. 1525, spéc. p. 1628.

véritable « passeport »¹⁸³⁴ pour la décision, certifie le respect des garanties accordées aux parties au cours de la procédure. En matière d'obligations alimentaires, la suppression de l'*exequatur* est encore plus marquée dans la mesure où la condition de certification du titre n'est plus requise¹⁸³⁵.

510. Si cette suppression est intervenue progressivement en droit des obligations alimentaires en raison de leur intégration initiale dans le règlement *Bruxelles I*¹⁸³⁶, elle a été consacrée dans les deux autres domaines sans étape intermédiaire. La suppression des mesures intermédiaires, applicable à compter du 18 juin 2011, ne vaut que pour les Etats membres ayant ratifié le protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Il s'agit donc de tous les Etats membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark, du Royaume-Uni et de l'Irlande¹⁸³⁷, étant donné que l'Union européenne a ratifié ledit protocole le 8 avril 2010¹⁸³⁸. Les décisions rendues dans un Etat membre non lié par le protocole de La Haye de 2007 restent soumises à la procédure simplifiée d'*exequatur*¹⁸³⁹ telle que prévue initialement par le règlement *Bruxelles I*. Il faut néanmoins relever une différence par rapport à la procédure de *Bruxelles I* puisque le règlement n° 4/2009¹⁸⁴⁰ instaure des délais destinés à accélérer la procédure d'exécution¹⁸⁴¹.

511. Alors même que les instruments relatifs aux effets patrimoniaux du mariage et du partenariat enregistré prévoyant une procédure simplifiée d'exécution n'ont pas encore été adoptés, la commission annonce déjà une suppression ultérieure des procédures

¹⁸³⁴ S. Djemni-Wagner, L'évolution du droit communautaire de la responsabilité parentale, *G.P.*, 3-4 sept. 2004, doctr., pp. 2806-2813, spéc. p. 2810.

¹⁸³⁵ I. Bambust, Le règlement européen 4/2009 en matière d'obligations alimentaires, *J.T.*, 2009, pp. 381-392, spéc. p. 386.

¹⁸³⁶ 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, *R.C.D.I.P.*, 2010, pp. 457-484, spéc. p. 472.

¹⁸³⁷ Voir les articles 1er et 2 du protocole sur la position du Danemark annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne ainsi que les articles 1er et 2 du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne. K. Vandekerckhove, Le recouvrement des obligations alimentaires en Europe. Un nouveau cadre législatif, *Rev. dr. UE*, 2010, n° 1, pp. 57-76, spéc. p. 73.

¹⁸³⁸ Sur la portée de la ratification du Protocole, voir J.O.U.E. L 331, du 16 déc. 2009. La ratification par l'Union européenne emporte l'applicabilité du texte à l'ensemble des Etats membres sans ratification individuelle de ces derniers.

¹⁸³⁹ C. Nourissat, Le 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, *Procédures*, juin 2009, Etude n° 5, pp. 7-10, spéc. pp. 9 et 10.

¹⁸⁴⁰ Voir les articles 30 et 34 du règlement n° 4/2009.

¹⁸⁴¹ B. Soerensen, Suppression de l'*exequatur*, dans Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union, *AJ. fam.* 2009, n° 3, pp. 112-114, spéc. p. 114.

intermédiaires¹⁸⁴². Même si les rédacteurs de la proposition de règlement relative aux successions n'ont pas fait une telle annonce, ils ont néanmoins proposé la création d'un certificat successoral européen dont la finalité se rapproche quelque peu du titre exécutoire européen. La commission entend en effet ouvrir une procédure européenne permettant aux citoyens européens de faire reconnaître sans formalité intermédiaire, dans tout Etat membre requis, leur qualité d'héritiers ou leur pouvoir d'administrateurs ou d'exécuteurs par la simple présentation de ce certificat¹⁸⁴³. Conformément à l'article 42 de la proposition de règlement relative aux successions, le certificat est reconnu de plein droit dans tous les Etats membres. Par cette mesure, les rédacteurs de la proposition entendent donc faciliter la libre circulation de la preuve de la qualité d'héritier¹⁸⁴⁴ ou de légataire au sein de l'Union européenne. Le certificat successoral européen n'a cependant pas la même automaticité¹⁸⁴⁵ que le titre exécutoire européen puisque des voies de recours sont ouvertes au profit de toute personne intéressée. La proposition prévoit en effet des procédures tendant à la rectification, à la suspension et à l'annulation du certificat¹⁸⁴⁶.

2°) L'harmonisation des procédures familiales

512. La suppression de la procédure d'*exequatur* implique le rejet de tout obstacle à la reconnaissance et à l'exécution de la décision, dès lors qu'il a été certifié dans l'Etat d'origine. Le certificat ne peut être délivré qu'à la condition qu'un certain nombre de droits de la défense ait été préservé. L'autorité de l'Etat membre d'origine doit en effet s'assurer au préalable de la loyauté de la procédure, du respect du droit de l'enfant à être entendu et du respect des droits de la défense de chacune des parties¹⁸⁴⁷. On assiste ainsi à l'émergence d'un ordre public procédural européen¹⁸⁴⁸ en matière familiale. Parce que l'efficacité des actes familiaux est soumise au respect du droit au procès équitable et au respect des droits de l'enfant, le droit de l'Union européenne fait de ces règles procédurales des principes fondamentaux au-dessus de la coopération judiciaire civile.

¹⁸⁴² Voir l'exposé des motifs des propositions de règlement relatives aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux du partenariat enregistré, spéc. point 5.4.

¹⁸⁴³ Voir l'article 42 de la proposition de règlement relative aux successions.

¹⁸⁴⁴ R. Crône, Le certificat successoral européen, dans G. Khairallah et M. Revillard, *Perspectives du droit des successions européennes et internationales, études de la proposition de règlement du 14 octobre 2009, op. cit.*, pp. 155-171, spéc. p. 157.

¹⁸⁴⁵ E. Jacoby, Le certificat successoral européen, *JCP, N*, 2010, Etude 1122, pp. 29-35, spéc. p. 33.

¹⁸⁴⁶ Article 43 de la proposition de règlement relative aux successions.

¹⁸⁴⁷ Art. 41 §2 et 42 §2 du règlement *Bruxelles II Bis*.

¹⁸⁴⁸ Voir H. Muir Watt, Rapport de synthèse, dans *Les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne*, Colloque du Centre d'Etudes européennes, Bruylant, 2001, pp. 235-247, spéc. p. 246.

513. Le caractère impératif de cet ordre public procédural européen tend corrélativement à l'harmonisation des procédures familiales autour de ces principes fondamentaux¹⁸⁴⁹ et participe de l'émergence d'une culture judiciaire européenne en matière familiale¹⁸⁵⁰. Les Etats membres, attachés à l'efficacité des décisions rendues par leurs autorités, sont contraints de réformer leur droit procédural en conformité avec les principes fondamentaux du droit international privé de l'Union européenne. A titre d'exemple, le législateur français a récemment réformé son droit procédural en vue d'assurer un véritable droit à être entendu de l'enfant dans les procédures familiales qui le concerne. Une telle évolution n'est guère surprenante puisque les institutions de l'Union européenne ont souvent rappelé la nécessité d'assurer un minimum de garanties procédurales par le biais de l'harmonisation du droit des procédures¹⁸⁵¹ en la présentant comme un pendant de la reconnaissance mutuelle¹⁸⁵².

2. Le renforcement de la confiance mutuelle entre acteurs de la justice familiale

514. Les mesures liées à la mise en œuvre de la libre circulation des jugements familiaux ont été dans un premier temps limitées à la coordination du droit de la famille, c'est-à-dire à l'uniformisation des règles relatives aux conflits de compétence, aux conflits de lois et à l'efficacité des décisions étrangères. L'entrée en vigueur des premiers instruments de droit international privé européen de la famille et leur application pratique ont démontré l'insuffisance des mesures déjà prises et la nécessité d'établir une coopération approfondie¹⁸⁵³ entre les acteurs de la justice familiale¹⁸⁵⁴. C'est la raison pour laquelle les instruments les plus récents multiplient les règles en vue d'assurer une certaine coordination des relations

¹⁸⁴⁹ B. Sturlèse, Les nouvelles règles du droit international privé européen du divorce. Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil, *JCP. G.* 2001. I. 292, pp. 241-248, spéc. p. 247 ; S. Poillot-Peruzzetto et A. Marmisse, Le droit international privé communautaire de la famille, *R.A.E.*, 2001-2002, pp. 460-468, spéc. p. 467. Les auteurs y évoquent l'idée d'un lien entre le droit international privé et le droit processuel.

¹⁸⁵⁰ J.-L. Bergel, J.-Y. Cherot, S. Cimamonti, M.-F. Mercadier (coord.), *L'émergence d'une culture judiciaire européenne. Avancées et difficultés d'une culture judiciaire européenne dans l'espace judiciaire européen*, spéc. n° 94. Consultable sur : <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/CJE%20Aix%20FINAL.pdf>

¹⁸⁵¹ Communication de la Commission européenne sur l'espace de liberté, de sécurité et de justice du 2 juin 2004, COM (2004) 401 final ; Communication de la Commission 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 », doc. COM(2005)184 final, du 10 mai 2005.

¹⁸⁵² Voir dans ce sens G. Jazottes, *art. préc.*, spéc. p. 42.

¹⁸⁵³ A. Bodard-Hermant, Le droit de visite à l'épreuve des frontières, *G.P.*, 10-12 déc. 2000, doct., pp. 2199-2205.

¹⁸⁵⁴ H. Fulchiron, Divorce et Responsabilité parentale version « Bruxelles II bis », *Droit et patr.* 2005, n° 138, pp. 46-47, spéc. p. 47.

entre ces acteurs (a) ou d'encourager la mise en place de nouveaux instruments de coopération¹⁸⁵⁵ (b).

a. La coordination des acteurs de la justice familiale

515. L'Union européenne a apporté un nouveau volet au droit international privé de la famille en y ajoutant des règles régissant les relations entre acteurs de la justice familiale¹⁸⁵⁶. Le règlement *Bruxelles I* et le règlement *Bruxelles II* ne prévoyaient pas de telles dispositions. Les institutions de l'Union européenne ont soulevé l'intérêt d'assurer la coordination des autorités à l'occasion de la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle. S'inspirant de l'expérience des Conventions de La Haye¹⁸⁵⁷, les institutions normatives ont intégré des dispositions relatives à la coopération des autorités centrales dans le règlement *Bruxelles II Bis*. Ce texte invite chaque Etat membre à désigner une ou plusieurs autorités centrales chargées de les assister dans l'application du droit international privé européen de la famille. Ces autorités sont tenues de coopérer entre elles en vue notamment de communiquer toute information utile sur la législation de leur pays respectif ou tout élément important concernant l'affaire en cause. Elles sont également chargées de prêter assistance aux parties afin qu'elles fassent valoir leurs droits. En France, le Bureau de l'entraide civile et commerciale internationale de la Direction des Affaires Civiles et du Sceau du Ministère de la justice a été désigné en qualité d'autorité centrale. Cette autorité, déjà compétente en matière d'application de la convention de La Haye du 25 octobre 1980, est donc également chargée d'assurer l'application effective du règlement *Bruxelles II Bis*.

516. La mise en place de ces autorités centrales semble opportune au vu de leurs diverses fonctions qui tendent à assurer le respect effectif des instruments de l'Union européenne. Il est en effet plus aisé pour un juge, par exemple, de savoir à qui il doit s'adresser s'il s'interroge sur la législation étrangère qu'il sera amené à appliquer dans le cadre d'un litige dont il est saisi. Il est également plus facile pour les citoyens européens de compter sur l'assistance

¹⁸⁵⁵ M. Salord, La coopération entre autorités centrales, dans Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union, *AJ. fam.* 2009, n° 3, pp. 114-117, spéc. p. 114.

¹⁸⁵⁶ M. Salord, La coopération entre autorités centrales, dans Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union, *AJ. fam.* 2009, n° 3, pp. 114-117, spéc. p. 114.

¹⁸⁵⁷ 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, *R.C.D.I.P.*, 2010, pp. 457-484, spéc. p. 461 ; H. Muir Watt, Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé), *Arch. phil. droit*, 2001, n° 45, pp. 271-284, spéc. p. 280.

d'une autorité de référence dans leur Etat en vue d'assurer l'exécution effective de l'acte dont ils sont porteurs dans un autre Etat membre.

517. Le règlement n° 4/2009 relatif aux obligations alimentaires prévoit également la désignation dans chaque Etat membre d'une autorité centrale. La question demeure de savoir si cette autorité peut être la même que celle désignée en ce qui concerne la responsabilité parentale. Dans un souci de clarté et de facilité pour le citoyen européen, il serait judicieux de donner compétence à une seule autorité centrale, laquelle serait alors chargée d'assurer l'application de l'ensemble des instruments de l'Union européenne relative au droit international privé de la famille.

518. Il est néanmoins regrettable de constater qu'une telle coordination des acteurs de la justice familiale n'ait pas été prévue en matière d'effets patrimoniaux du mariage et du partenariat enregistré. Les propositions ne prévoient aucun mécanisme semblable à celui des autorités centrales. La commission énonce seulement que les citoyens européens et les juges pourront obtenir des informations sur les législations et les procédures nationales en consultant le site internet du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale¹⁸⁵⁸. Pourtant, les époux et les partenaires peuvent rencontrer des difficultés dans l'exécution effective transfrontière d'une décision relative, notamment, à la liquidation du patrimoine du couple à la suite d'une séparation. Le côté pragmatique de la construction de l'Union européenne explique sans doute cette absence. A l'instar de ce qui a été fait en matière de responsabilité parentale et d'obligations alimentaires, la coopération renforcée des acteurs de la justice familiale sera envisagée ultérieurement, c'est-à-dire une fois seulement que les institutions de l'Union européenne auront constaté des difficultés dans la mise en œuvre effective du principe de libre circulation des actes relatifs aux effets patrimoniaux du mariage et du partenariat enregistré.

b. La coopération des acteurs encouragée par l'Union européenne

519. L'importance de la coopération entre les acteurs de la justice civile a été soulevée dans le plan d'action de Vienne, mais aussi par le Conseil européen de Tampere. Selon les institutions de l'Union européenne, les professionnels du droit de la famille ont un rôle décisif à jouer dans le renforcement de la confiance mutuelle par le biais d'une coopération et d'une

¹⁸⁵⁸ Voir la communication de la commission intitulée « Lever les incertitudes liées aux droits patrimoniaux des couples internationaux, COM (2011) 125 final, spéc. point 6.2. ; voir également le considérant 19 de la proposition de règlement relative aux effets patrimoniaux du partenariat enregistré, COM (2011) 127/2.

entraide juridique accrues¹⁸⁵⁹. Corrélativement, un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale a été créé par une décision du Conseil du 28 mai 2001¹⁸⁶⁰. Ce réseau a pour mission de faciliter le dialogue entre les autorités des Etats membres par la mise en place de points de contact nationaux chargés d'assurer une coopération verticale, mais aussi horizontale entre les autorités¹⁸⁶¹. Les autorités centrales en font partie, mais on y trouve également les magistrats de liaison, qui sont des « intermédiaires précieux de la compréhension réciproque des systèmes judiciaires, de la circulation des actes et décisions de justice »¹⁸⁶². Ces derniers doivent en effet sensibiliser les magistrats nationaux au droit de l'Union européenne, mais aussi communiquer aux instances de l'Union européenne les difficultés rencontrées par les praticiens. Ils facilitent en outre les contacts entre magistrats d'Etats membres en vue d'échanges de données ou de vues dans le cadre d'affaires transfrontières impliquant leurs Etats membres respectifs. La décision du 18 juin 2009 modifiant celle du 28 mai 2001¹⁸⁶³ vise à étendre le réseau aux autres professions juridiques confrontées à l'application du droit de l'Union européenne relatif à la coopération judiciaire civile, tels les avocats, les notaires et les huissiers de justice.

520. Le réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale a également pour objectif de mettre en place un véritable système d'informations accessible par internet¹⁸⁶⁴. Ce système regroupe toute la législation communautaire relative à la coopération judiciaire civile et commerciale, mais aussi les législations internes des Etats membres dans les matières ayant fait l'objet d'une coordination. A titre d'exemple, on y trouve le droit du divorce applicable dans chaque pays. Les données de ce système d'information sont mises à jour à partir des éléments rapportés aux instances de l'Union européenne par les points de contact nationaux. Or, il est regrettable de constater que la page d'information relative au droit du divorce

¹⁸⁵⁹ Voir le discours de clôture de J. Barrot au colloque CE/CNUE « La coopération juridique au service des familles européennes, Bruxelles, 20 mars 2009, spéc. p. 9. Consultable sur :

<http://www.cnue.be/cnue-2010/en/006/discours-barrot.pdf>

¹⁸⁶⁰ Décision 2001/470/CE relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, J.O. n° L 174/25 du 27 juin 2001.

¹⁸⁶¹ G. Canivet, La construction de l'espace judiciaire européen, 3 oct. 2006, spéc. point 1.1.3. Discours consultable sur :

http://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/judiciaire_europe_en_9547.html

¹⁸⁶² G. Canivet, Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne : raisons, nécessités et réalisations, *LPA*, 5 oct. 2004, n° 199, pp. 45-52, spéc. p. 49.

¹⁸⁶³ Décision n° 568/2009/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la décision 2001/470/CE du Conseil relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, J.O. n° L 168/35, du 30 juin 2009.

¹⁸⁶⁴ <http://ec.europa.eu/civiljustice/>

applicable en France n'a pas été remise à jour depuis le 30 juillet 2004 et ne tient donc pas compte de la réforme opérée en 2006. Ceci est d'autant plus déconcertant que le considérant 14 du règlement *Rome III* renvoie à ces données afin de « jouer un rôle de soutien des juridictions sur le contenu de la loi étrangère ».

521. Les instances de l'Union européenne ont en outre mis en place un système européen de justice en ligne (e-justice)¹⁸⁶⁵ destiné à favoriser la coopération judiciaire et l'accès à la justice. Ce portail donne des conseils et des informations en matière de recouvrement transfrontière d'une obligation alimentaire, de divorce européen, ou d'action relative à l'exercice transfrontière de la responsabilité parentale. Il comprend aussi des bases de données auxquelles ont accès les acteurs de la justice familiale. Un forum de discussion sur les politiques et les pratiques de l'Union européenne en matière de justice a également été créé en 2008¹⁸⁶⁶. Ce forum a pour principal objectif d'offrir une plateforme permanente de dialogue entre acteurs de la justice. Il regroupe en effet des représentants des Etats membres, d'organismes institués par l'Union européenne, mais aussi d'organisations européennes rassemblant divers corps ou métiers liés à la justice civile.

522. Par ces divers instruments, l'Union européenne entend renforcer les échanges entre les autorités judiciaires et administratives, mais aussi les autres professions juridiques afin d'améliorer la compréhension mutuelle des systèmes juridiques et judiciaires et ainsi favoriser la reconnaissance mutuelle par le décloisonnement¹⁸⁶⁷. C'est la raison pour laquelle l'Union européenne encourage les actions initiées par des organisations poursuivant des objectifs de coopération inter-étatique entre acteurs de la justice civile¹⁸⁶⁸. L'Union européenne soutient en effet divers réseaux de coopération tels le Réseau des Présidents des Cours suprême judiciaires de l'Union européenne¹⁸⁶⁹, l'Association des magistrats de l'Union européenne¹⁸⁷⁰, le réseau notarial européen¹⁸⁷¹, le réseau européen des conseils de la justice¹⁸⁷² et le conseil

¹⁸⁶⁵ <https://e-justice.europa.eu/>

¹⁸⁶⁶ Communication de la Commission du 4 février 2008 relative à la création d'un forum de discussion sur les politiques et les pratiques de l'Union européenne en matière de justice, COM(2008)38 final.

¹⁸⁶⁷ Voir la décision 1149/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 septembre 2007 établissant, pour la période 2007-2013, le programme spécifique " justice civile dans le cadre du programme général « Droits fondamentaux et justice »", J.O. n° L 257/16, du 3 octobre 2007.

¹⁸⁶⁸ G. Canivet, La construction de l'espace judiciaire européen, discours préc., spéc. point 2.3.2.

¹⁸⁶⁹ <http://www.network-presidents.eu/>

¹⁸⁷⁰ <http://www.amue-ejpa.org/>

¹⁸⁷¹ <http://www.enn-rne.eu/>

¹⁸⁷² <http://www.encj.eu/>

des barreaux européens¹⁸⁷³. Aussi, parce que la coopération n'est plus seulement judiciaire, le droit international privé de l'Union européenne tend à créer bien plus qu'un espace judiciaire européen en établissant « un véritable espace juridique européen »¹⁸⁷⁴.

¹⁸⁷³ <http://www.ccbe.eu/>

¹⁸⁷⁴ Voir dans ce sens, Le communiqué Notaires d'Europe du 20 mars 2009, Les notaires à l'écoute des citoyens européens, *JCP, N*, 2009, act. 301, p. 12.

Section 2 : Les objectifs matériels poursuivis

523. La règle de conflit à finalité matérielle également dite règle de conflit à caractère substantiel¹⁸⁷⁵ est celle « dont le but avoué est de désigner l'ordre juridique qui permettra le plus sûrement d'obtenir le résultat voulu par l'auteur de la règle de conflit »¹⁸⁷⁶. Le choix du critère de rattachement dépasse ainsi la technique juridique pour afficher une véritable politique législative. Le droit de l'Union européenne n'échappe pas à cette tendance du droit international privé moderne¹⁸⁷⁷. Même si traditionnellement on attribue une coloration matérielle essentiellement aux règles de conflit de lois, en droit international privé européen de la famille elle touche également les règles de conflit de juridictions. On en trouve diverses manifestations. Les instruments de coordination adoptés par l'Union européenne en matière familiale laissent parfois transparaître une certaine finalité matérielle puisque certaines règles tendent, soit à protéger une partie (§1), soit à favoriser une institution (§2).

§1. Les règles visant à protéger une partie

524. Les instruments ayant trait aux obligations alimentaires et à la responsabilité parentale expriment clairement leurs intentions. Ils sont en effet expressément fondés sur l'idée de faveur au créancier d'aliments (A) et sur la volonté de satisfaire l'intérêt supérieur de l'enfant (B).

A. Des règles favorisant le créancier d'aliment

525. Les règles de compétence internationales adoptées par l'Union européenne ne sont pas neutres puisqu'elles tendent, à l'instar des autres textes internationaux¹⁸⁷⁸, à préserver les intérêts des créanciers d'aliments¹⁸⁷⁹. Elles ont en effet pour ambition de « créer un

¹⁸⁷⁵ H. Gaudemet-Tallon, Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel), *R.C.A.D.I.*, 2005, t. 312, spéc. p. 173.

¹⁸⁷⁶ P. Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, *R.C.A.D.I.*, 1986, I, n°41.

¹⁸⁷⁷ H. Muir Watt, Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé), *Arch. phil. droit*, 2001, n° 45, pp. 271-284, spéc. pp. 271 et 277.

¹⁸⁷⁸ P. Lagarde, Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé, dans *Conflits et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Editions Universitaires Fribourg, Suisse, 1990, pp. 511-528, spéc. p. 512.

¹⁸⁷⁹ Voir le considérant 15 du règlement (CE) n° 4/2009.

environnement juridique adapté aux aspirations légitimes des créanciers d'aliments »¹⁸⁸⁰. Cette faveur faite au créancier d'aliments se traduit notamment par la possibilité qui lui est offerte d'agir devant une autorité proche de son domicile ou de sa résidence principale. Cette idée avait prévalu lors de la rédaction de la Convention de Bruxelles. Alors que les règles de compétence générale énoncées par ladite Convention s'articulaient autour de la compétence de principe du domicile du défendeur, les rédacteurs avaient adjoint au critère général une règle de compétence spéciale applicable en matière d'obligation alimentaire et permettant au créancier d'aliment de saisir le juge du lieu de sa résidence ou de son domicile. Le choix d'établir un autre critère de rattachement dans l'article 5, 2) de la Convention a été justifié, à l'époque, par le souci de protéger le créancier d'aliments par rapport au débiteur¹⁸⁸¹. Ces règles ont été reprises par les rédacteurs du règlement (CE) n° 44/2001¹⁸⁸² qui ont poursuivi le même objectif. Le règlement n° 4/2009, tout en retenant les mêmes critères de rattachement, a opéré un léger changement en intégrant le critère de la résidence habituelle du défendeur dans les règles générales de compétence¹⁸⁸³.

526. Si ce dernier texte semble ainsi peu novateur en ce qui concerne la compétence générale en matière d'obligations alimentaires, il a néanmoins élaboré de nouvelles règles dites « règles de rattachements en cascade »¹⁸⁸⁴, attestant de la faveur faite au créancier d'aliments. Le règlement n° 4/2009 multiplie en effet les chances du créancier d'aliments de se voir attribuer une obligation alimentaire en prévoyant une règle de compétence subsidiaire¹⁸⁸⁵ et un *forum necessitatis*¹⁸⁸⁶. Ces règles prennent le relai des critères de compétence générale lorsqu'en application de celles-ci aucune juridiction d'un Etat membre n'a pu être reconnue compétente. Dans cette hypothèse, la compétence subsidiaire prévue à l'article 6 du règlement retient la compétence de la juridiction de l'Etat membre dont les deux parties ont la nationalité. A défaut de pouvoir faire jouer cette compétence subsidiaire, le demandeur peut invoquer le *forum necessitatis*. Le recours à cette technique permet à une juridiction d'un Etat membre de connaître d'un litige qui présente un lien étroit avec un Etat

¹⁸⁸⁰ Voir la proposition de règlement sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, COM (2005) 649 final, spéc. point 1.2.

¹⁸⁸¹ Voir le commentaire de F. Pocar sur *Bruxelles I*, dans le document *Droit civil, coopération judiciaire européenne* du Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, 2004, pp. 10-26, spéc. p. 18. Document consultable sur : http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/librairie/PDF/DroitCivilWEB_FR.pdf

¹⁸⁸² Voir l'art. 5, 2) du règlement.

¹⁸⁸³ Voir l'art. 3 du règlement.

¹⁸⁸⁴ H. Gaudemet-Tallon, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)*, *art. préc.*, spéc. p. 246.

¹⁸⁸⁵ Voir l'art. 6 du règlement.

¹⁸⁸⁶ Voir l'art. 7 du règlement.

tiers. Selon les rédacteurs du règlement, une telle hypothèse exceptionnelle est constituée lorsqu'« une procédure se révélera impossible dans l'Etat tiers concerné [soit] en raison d'une guerre civile, [soit parce qu'] on ne peut raisonnablement attendre du demandeur qu'il introduise ou conduise une procédure dans cet Etat »¹⁸⁸⁷. Dans ce cas de figure, la juridiction de l'Etat membre saisie doit néanmoins présenter un lien suffisant avec le litige comme par exemple la nationalité d'une des parties. On peut ainsi remarquer un retour du principe de souveraineté au sein des règles de l'Union européenne dans l'unique but de privilégier le créancier d'aliments en sauvegardant son action en réclamation d'aliments, et ce alors même que le défendeur réside dans un Etat tiers.

B. Des règles fondées sur l'intérêt supérieur de l'enfant

527. L'intérêt supérieur de l'enfant¹⁸⁸⁸ est au cœur des règles de compétence établies par les autorités normatives de l'Union européenne en matière de responsabilité parentale¹⁸⁸⁹. Le choix des critères de compétence en matière de responsabilité parentale est en effet guidé par le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁸⁹⁰. A titre d'exemple, si les rédacteurs du règlement *Bruxelles II Bis* ont fait le choix du principe de proximité et notamment du critère de la résidence habituelle de l'enfant c'est parce qu'il sert l'intérêt de l'enfant¹⁸⁹¹. Le règlement l'évoque clairement lorsqu'il énonce que « les règles de compétence établies par le présent règlement en matière de responsabilité parentale sont conçues en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant et en particulier du critère de proximité »¹⁸⁹².

Il est vrai que le juge le mieux placé pour apprécier l'intérêt de l'enfant dans le cadre d'un conflit conjugal est celui qui présente les liens les plus étroits avec la situation de

¹⁸⁸⁷ Voir le considérant 16 du règlement.

¹⁸⁸⁸ Sur un exposé général de l'influence de l'intérêt de l'enfant sur l'agencement des règles de conflit, voir C. Chabert, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, P.U.A.M., 2001.

¹⁸⁸⁹ Voir l'art. 3 du règlement *Bruxelles II* et le considérant 33 du règlement *Bruxelles II Bis*.

¹⁸⁹⁰ H. Stalford, *Brussels II and beyond : a better deal for children in the european Union ?*, dans K. Boele-Woelki (éd.), *Perspectives for the unification and harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 471-487, spéc. p. 473.

¹⁸⁹¹ P. Hammje, *L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé*, dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 365-381, spéc. p. 372. Voir également M. Fallon, *Questions actuelles de conflit de lois relatives à l'enfant*, dans J.-L. Renchon (dir.), *L'enfant et les relations familiales internationales*, Bruylant, 2003, pp. 41-82, spéc. pp. 53 et 54 ; N. Watté, *Questions actuelles de droit judiciaire international et espace judiciaire européen*, dans J.-L. Renchon (dir.), *L'enfant et les relations familiales internationales*, op. cit., pp. 123-164, spéc. p. 164. Voir également S. Demars, *L'enlèvement parental international*, dans J.-L. Renchon (dir.), *L'enfant et les relations familiales internationales*, op. cit., pp. 363-400, spéc. p. 396.

¹⁸⁹² Voir considérant 12 du règlement *Bruxelles II Bis*.

l'enfant¹⁸⁹³. Or, le plus souvent, le point d'attache des relations familiales, amicales, culturelles et scolaires de l'enfant est concentré sur son lieu de résidence habituelle¹⁸⁹⁴. La centralisation du contentieux intéressant l'enfant au lieu de sa résidence habituelle répond à une tendance générale du droit international privé selon laquelle « seul le tribunal de la résidence du mineur présenterait les garanties de proximité nécessaires pour espérer la meilleure justice possible à son égard »¹⁸⁹⁵. C'est la raison pour laquelle le règlement *Bruxelles II Bis* maintient temporairement la compétence de l'ancienne résidence habituelle lorsque l'enfant fait l'objet d'un déplacement, licite ou non, entraînant une modification de fait de sa résidence¹⁸⁹⁶. Ce critère de compétence est en effet maintenu jusqu'à ce que l'enfant se soit intégré affectivement dans son nouvel environnement. Dès lors, le critère de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant se substituera à celui de l'ancienne. C'est d'ailleurs ce critère affectif que la Cour de justice de l'Union européenne a retenu pour déterminer la résidence habituelle de l'enfant au sens du règlement *Bruxelles II Bis*¹⁸⁹⁷. Si la Cour a fait ce choix c'est précisément en vue de « mieux protéger et servir l'intérêt du mineur »¹⁸⁹⁸, tel que l'avait suggéré l'avocat général dans ses conclusions¹⁸⁹⁹.

528. C'est également l'intérêt de l'enfant qui justifie le recours possible au *forum more convenient*¹⁹⁰⁰. L'article 15 du règlement *Bruxelles II Bis* permet, en effet, aux juridictions d'un Etat membre compétent de renvoyer l'affaire à la juridiction d'un autre Etat membre qu'elle considère mieux placée pour connaître de l'affaire. Le caractère « mieux placé » de la juridiction doit s'apprécier non seulement au regard de l'exigence de proximité, c'est-à-dire

¹⁸⁹³ Voir CJUE, 23 déc. 2009, arrêt *Detiček*, aff. C-403/09 PPU, § 36 : *R.T.D.H.* 2010, n° 83, p. 637 ; *R.L.D.C.* 2010, n° 2, comm. n° 68.

¹⁸⁹⁴ B. Ancel et H. Muir Watt, L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis, *R.C.D.I.P.* 2005, pp. 569-605, spéc. p. 580.

¹⁸⁹⁵ H. Gaudemet-Tallon, Le règlement n° 1347/2000 du conseil du 29 mai 2000 : « Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs », *J.D.I.* 2001, pp. 381-430, spéc. p. 394.

¹⁸⁹⁶ Voir le considérant 13 et l'art. 4 du règlement *Bruxelles II* et les art. 9 et 10 du règlement *Bruxelles II Bis*.

¹⁸⁹⁷ CJCE, 2 avril 2009, *Korkein hallinto-oikeus*, aff. C-523/07, Rec. I-2805, préc. ; CJUE, 22 déc. 2010, *Barbara Mercredi*, aff. C-497/10 PPU, § 93, préc. Voir Ph. Guez, De quelques précisions essentielles sur la mise en œuvre du règlement Bruxelles II bis, *G.P.*, 28 nov. 2009, n° 332, p. 15 ; A. Boiché, Mise en œuvre pratique des apports de l'arrêt rendu le 2 avril 2009 par la CJCE en matière d'autorité parentale, *AJ Fam.*, 2009, p. 294.

¹⁸⁹⁸ J. Aubert, La CJCE lève le voile sur la notion de la résidence habituelle de l'enfant, consultable sur <http://m2bde.u-paris10.fr>

¹⁸⁹⁹ Conclusions de l'avocat général J. Kokott, 29 janvier 2009, § 18 et 19.

¹⁹⁰⁰ Voir le considérant 13 du règlement *Bruxelles II Bis*.

du lien particulier qu'elle entretient avec l'enfant, mais aussi en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁹⁰¹.

529. Il convient en outre de relever que la proposition de règlement modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale¹⁹⁰² entendait modifier l'article 12 du présent règlement *Bruxelles II Bis* en vue d'étendre la compétence du juge du divorce choisi par les époux en application de la loi de l'autonomie aux questions de responsabilité parentale liées au divorce. Toujours soucieux des intérêts de l'enfant, les rédacteurs avaient alors soumis cette possibilité à la condition que cette compétence serve l'intérêt supérieur de l'enfant. Mais faute d'unanimité, ce texte n'a pas été adopté. Il a été remplacé par le règlement (UE) n° 1259/2010, lequel n'a pas repris les dispositions relatives aux règles de compétence internationales.

530. D'autres règles ont été influencées par le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment celles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des décisions relatives à la responsabilité parentale¹⁹⁰³. Le considérant 16 du règlement *Bruxelles II* est, à ce sujet, particulièrement expressif. On peut, en effet, y lire : « C'est également la considération de l'intérêt supérieur de l'enfant qui guide les règles ayant trait à la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de responsabilité parentale puisque la procédure vise à s'assurer du respect des droits des enfants et notamment son droit à être entendu »¹⁹⁰⁴. C'est donc la raison pour laquelle le non-respect du droit fondamental de l'enfant à être entendu figure parmi les motifs de non reconnaissance des décisions en matière de responsabilité parentale¹⁹⁰⁵. On peut en outre faire remarquer que la suppression de l'*exequatur* concernant le droit de visite et le retour de l'enfant¹⁹⁰⁶ a été dictée par la volonté de satisfaire l'intérêt conflictuel de l'enfant en

¹⁹⁰¹ S. Corneloup, Les règles de compétence relatives à la responsabilité parentale, dans H. Fulchiron et C. Nourissat, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, op. cit., spéc. p. 81.

¹⁹⁰² COM (2006) 399 final.

¹⁹⁰³ A. Richez-Pons, La parole de l'enfant et la circulation des décisions judiciaires en Europe, *Dr. fam.* 2006, n° 7/8, Etude n° 32, pp. 15-18, spéc. p. 17.

¹⁹⁰⁴ Voir également sur la place importante de l'audition de l'enfant pour le droit de l'Union européenne, le considérant 19 du règlement *Bruxelles II Bis*.

¹⁹⁰⁵ Voir l'art. 23, b) du règlement *Bruxelles II Bis*.

¹⁹⁰⁶ Art. 40 à 45 du règlement *Bruxelles II Bis*.

assurant la stabilité de sa situation internationale¹⁹⁰⁷, mais aussi l'intérêt substantiel de l'enfant en protégeant son droit à entretenir des relations avec ses deux parents¹⁹⁰⁸.

531. Il faut en outre relever que l'Union européenne étend la portée de l'ordre public lorsque le jugement en cause concerne la responsabilité parentale. En effet, l'article 23 a) du règlement *Bruxelles II Bis* inclut l'intérêt supérieur de l'enfant dans la notion d'ordre public. Or nul n'ignore le caractère « protéiforme »¹⁹⁰⁹ de la notion d'intérêt de l'enfant. Une telle extension n'est guère surprenante étant donné le caractère fondamental accordé aux droits de l'enfant par le droit de l'Union européenne. La priorité accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant par rapport à la création d'un espace judiciaire européen est d'autant moins surprenante que la protection des droits de l'enfant est une valeur fondamentale partagée par l'ensemble des Etats membres.

532. Enfin, c'est encore la prise en considération de l'intérêt de l'enfant qui a conduit à l'exclusion de l'élection de *for* dans un litige portant sur une obligation alimentaire à l'égard des enfants de moins de 18 ans¹⁹¹⁰. Cette règle a été expressément adoptée en vue d'assurer la protection de l'enfant, en tant que partie faible¹⁹¹¹ et vulnérable.

§2. Les règles favorisant une institution

533. Il est communément admis que les règles conflictuelles ayant trait à la désunion traduisent un esprit de faveur à l'égard du divorce. La coordination semble dès lors outrepasser la simple articulation des relations entre Etats puisqu'elle tend à prendre parti

¹⁹⁰⁷ P. Hammje, L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé, dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 365-381, spéc. p. 372.

¹⁹⁰⁸ P. Hammje, Le règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit « Bruxelles II bis ». Les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution, dans H. Fulchiron et C. Nourissat (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, op. cit., pp. 87-103, spéc. p. 88 ; E. Deflers et C. Butruille-Cardew, Les apports du règlement Bruxelles II bis en matière d'enlèvements internationaux d'enfants, *G.P.*, 25-27 sept. 2005, doct., pp. 3076-3078, spéc. p. 3076 et 3077 ; H. Stalford, Brussels II and beyond : a better deal for children in the European Union ?, dans K. Boele-Woelki (éd.), *Perspectives for the unification and harmonization of Family Law in Europe*, op. cit., pp. 471-488, spéc. p. 477.

¹⁹⁰⁹ Ph. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove, *Droit et intérêt, vol. 2, entre droit et non droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1990, spéc. p. 185.

¹⁹¹⁰ Voir l'art. 4, 3) du règlement (CE) n° 4/2009.

¹⁹¹¹ Voir le considérant 19 du règlement (CE) n° 4/2009.

pour une certaine conception de fond du droit de la famille. Même si le droit de l'Union européenne n'affirme pas clairement sa *favor divortii*, la structure des règles du règlement *Bruxelles II Bis* (A) et du règlement (UE) n° 1259/2010 (B) trahit leur prétendue neutralité¹⁹¹².

A. La *favor divortii* dans le règlement « *Bruxelles II Bis* »

534. Selon certains auteurs, le règlement de Bruxelles II « orchestre la pluralité d'une manière telle qu'elle garantit au citoyen européen un véritable droit subjectif au démariage effectif »¹⁹¹³. Les techniques qui servent de support à une règle à finalité matérielle sont variées¹⁹¹⁴. Tandis que les rattachements cumulatifs manifestent une certaine hostilité à l'égard d'un rapport de droit, les rattachements alternatifs concourent au développement d'une institution que l'on considère avec faveur¹⁹¹⁵. L'article 3 du règlement *Bruxelles II Bis* prévoit, en vue de désigner la juridiction compétente en matière de désunion, sept critères de rattachements à caractère alternatif. Les parties ont ainsi le choix entre les divers critères proposés pour désigner la juridiction qui sera saisie de leur litige. Parce que le nombre de critères proposés multiplie d'autant les chances pour les parties de pouvoir saisir la juridiction d'un Etat membre favorable au divorce¹⁹¹⁶, on peut ainsi dire que la multiplicité des critères alternatifs « dessert un véritable droit subjectif au divorce »¹⁹¹⁷.

La *favor divortii* ressort également des règles de compétence résiduelle issues de l'article 7 du Règlement *Bruxelles II Bis* étant donné qu'un citoyen européen souhaitant

¹⁹¹² Voir B. Audit, Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul, *R.I.D.C.*, 1998, vol. 50, n° 2, pp. 421-448, spéc. p. 427 ; Voir dans le même sens, A. E. von Overbeck, Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents, cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1982, III, t. 176, pp. 9-248, spéc. p.75.

¹⁹¹³ B. Ancel et H. Muir Watt, La désunion européenne : le règlement dit Bruxelles II, *R.C.D.I.P.*, 2001, pp. 403-457, spéc. p. 406.

¹⁹¹⁴ H. Gaudemet-Tallon, Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel), *art. préc.*, spéc. p. 232.

¹⁹¹⁵ Y. Loussouarn, La règle de conflit est-elle une règle neutre ?, *T.C.F.D.I.P.*, 1980-1981, t. 2, pp. 43-60, spéc. p. 52. Voir dans le même sens, B. Audit, Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul, *R.I.D.C.*, 1998, vol. 50, n° 2, pp. 421-448, spéc. p. 424. Voir également A. E. von Overbeck, Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents : cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1982-III, vol. 176, pp. 9-258, spéc. p. 81.

¹⁹¹⁶ Certains auteurs parlent dès lors de « *forum shopping bonus* », voir P. de Vareilles-Sommières, Le forum shopping devant les juridictions françaises, *T.C.F.D.I.P.*, 1998-1999, pp. 49-70, spéc. p. 51 et s. L'auteur distingue le *forum shopping bonus*, licite et le *forum shopping malus*, dit illicite ou frauduleux donc répréhensible. Voir également J.-F. Sagaut et M. Cagniard, Regard communautaire sur le *Forum shopping*, *LPA*, 14 avril 2005, n° 74, pp. 51-59, spéc. p. 52. Selon les auteurs, le *forum shopping bonus* désigne le choix parfaitement licite parmi plusieurs tribunaux compétents de l'un d'eux. Tandis que le *forum shopping malus* se caractérise par la fraude à la compétence et l'abus de droit.

¹⁹¹⁷ I. Barrière-Brousse, Le règlement Bruxelles II Bis et sa révision. Les règles de conflit de juridictions, dans A. Leborgne et I. Barrière-Brousse (dir.), *Actualité du droit international privé de la famille*, P.U.A.M., 2009, pp. 71-90, spéc. p. 78.

divorcer « trouvera presque toujours un juge compétent dans l'espace communautaire »¹⁹¹⁸. En effet, ces règles résiduelles, permettent de reconnaître la compétence d'un Etat membre par application du droit international privé propre à chaque Etat lorsque les règles de compétence générales issues du règlement *Bruxelles II Bis* ne permettent pas d'attribuer une telle compétence¹⁹¹⁹.

535. La *favor divortii* peut également expliquer le fait que le législateur de l'Union européenne ait retenu une définition large de la litispendance. L'article 19 n'exige pas, en effet, d'identité d'objet et de cause entre les affaires en cause. La règle *prior temporis* s'applique ainsi tant à la « vraie » qu'à la « fausse » litispendance¹⁹²⁰. Cette conception de la litispendance vise à faire en sorte que la diversité des droits nationaux en matière de désunion ne soit pas un obstacle au prononcé du divorce. En effet, si les rédacteurs avaient retenu une conception étroite de la litispendance telle qu'on la connaît en droit français, les règles européennes de la litispendance ne seraient pas applicables en cas de conflit de compétence entre une juridiction saisie d'une action en divorce et une juridiction saisie d'une action en annulation du mariage. Corrélativement, les parties pourraient se retrouver avec deux décisions contradictoires donc inconciliables au sens de l'article 22 du règlement *Bruxelles II Bis*. Or, l'inconciliabilité est un motif de non reconnaissance d'une décision étrangère par l'Etat d'accueil. Ainsi, une définition trop restreinte de la litispendance constituerait un obstacle potentiel à la reconnaissance et à l'exécution des décisions prononçant le divorce. Le fait que cette définition large de la litispendance ne concerne pas les actions en matière de responsabilité parentale¹⁹²¹ permet de confirmer cette hypothèse.

536. On peut également trouver une trace de la faveur accordée au divorce au sein des règles ayant trait à la reconnaissance et à l'exécution des décisions relatives au démariage. On peut la trouver dans la limitation du champ d'application matériel de ces règles aux décisions positives¹⁹²². En effet, seules les décisions prononçant le divorce, la séparation de corps ou la

¹⁹¹⁸ H. Fulchiron, « Bruxelles II Bis » : le nouveau droit judiciaire européen du divorce et de la responsabilité parentale, *Dr. et patr.*, 2005, n° 136, pp. 34-46, spéc. p. 37.

¹⁹¹⁹ Voir l'art. 7, a) du règlement *Bruxelles II Bis*.

¹⁹²⁰ J.-Y. Carlier, S. Francq et J.-L. Van Boxstael, Le règlement de Bruxelles II. Compétence, reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, *J.T.*, dr. eur., 2001, n° 78, pp. 73-90, spéc. p. 84.

¹⁹²¹ A. Boiché, Les dispositions du règlement Bruxelles II bis en matière de responsabilité parentale et de droit de visite, *R.J.P.F.*, 2005, n° 3, pp. 6-9, spéc. p. 8.

¹⁹²² J.-Y. Carlier, S. Francq et J.-L. Van Boxstael, Le règlement de Bruxelles II. Compétence, reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, *art. préc.*, spéc. p. 80.

nullité voient leur reconnaissance et leur exécution facilitées par le règlement *Bruxelles II Bis*. L'exclusion des décisions rejetant le démariage a été justifiée par le fait que les pays nordiques admettant un véritable droit au divorce n'ont pas voulu s'engager à reconnaître des décisions étrangères rejetant le divorce¹⁹²³. Cette explication permet de témoigner du poids de la *favor divortii* dans la rédaction de l'article 2, 4) du règlement *Bruxelles II Bis*¹⁹²⁴. C'est d'ailleurs la même explication qui a présidé à l'élaboration de l'article 25 du règlement. Selon ce texte, la reconnaissance d'une décision ne peut être refusée au motif que la loi de l'Etat membre requis ne permet pas le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage sur la base de faits identiques¹⁹²⁵. Enfin, le fait qu'en cas d'inconciliabilité entre une décision prononçant le divorce et une autre décision admettant la séparation de corps, la première l'emporte¹⁹²⁶ sur la seconde dénote une nouvelle fois la faveur faite au divorce dans l'esprit des rédacteurs¹⁹²⁷.

B. La *favor divortii* dans le règlement (UE) n° 1259/2010

537. Les autorités normatives de l'Union européenne ont également laissé transparaître cet esprit de faveur à l'égard du divorce au cours de l'élaboration du règlement relatif à la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. En effet, même si la sécurité juridique et la prévisibilité semblent au premier abord justifier le recours en la matière à des règles de conflit de lois, la *favor divortii* en est une justification implicite, non avouée, qui ressort des exemples choisis par la commission pour démontrer la nécessité de communautariser les règles de conflit de lois. Les exemples 2 et 3 du livre vert visent à critiquer les lois italiennes et irlandaises, c'est-à-dire, les lois les moins libérales en matière de divorce en Europe. Ces illustrations de circonstance tendant ainsi à dénoncer plus le contenu de certaines lois moins

¹⁹²³ P. de Vareilles-Sommières, La libre circulation des jugements rendus en matière matrimoniale en Europe. Convention de Bruxelles II du 28 mai 1998 et proposition de règlement (C.E.) du Conseil, *G.P.* 18 déc. 1999, doct., pp. 2018-2031, spéc. p. 2022.

¹⁹²⁴ H. Gaudemet-Tallon, La Convention dite « Bruxelles II » : convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, *T.C.F.D.I.P.*, 1998-1999, pp. 83-110, spéc. p. 94.

¹⁹²⁵ N. Fontaine, Bruxelles II. La nouvelle Convention entre les Etats de l'Union européenne sur le règlement des conflits transnationaux en matière familiale, art. préc., spéc. p. 26. Selon l'auteur, « les Etats dans lesquels le lien matrimonial peut-être dissout relativement facilement craignent que leurs décisions ne soient pas reconnues dans les Etats membres dont la législation est plus restrictive ».

¹⁹²⁶ Voir le rapport explicatif de la convention de Bruxelles II, J.O. 1998 n° C 221/27, spéc. §71. H. Gaudemet-Tallon, La Convention dite « Bruxelles II » : convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, *T.C.F.D.I.P.*, 1998-1999, pp. 83-110, spéc. p. 94.

¹⁹²⁷ H. Gaudemet-Tallon, La Convention dite « Bruxelles II » : convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, *T.C.F.D.I.P.*, 1998-1999, pp. 83-110, spéc. p. 94.

favorables au divorce que la diversité des droits nationaux portent en elles-mêmes la marque de la *favor divortii*¹⁹²⁸.

538. Cette considération a conduit la doctrine à penser que « le choix de la loi d'autonomie est [...] un choix de politique familiale bien plus que de technique juridique »¹⁹²⁹ puisque ce critère sert la *favor divortii*¹⁹³⁰. Il est vrai que laisser le choix de la loi applicable aux parties c'est leur permettre d'opter pour la loi qui répond le mieux à leur souhait¹⁹³¹, à savoir divorcer le plus rapidement possible et à moindre frais. Un tel accord sur la loi applicable ne pourra en effet intervenir que dans l'hypothèse où les deux époux consentent au principe même du divorce. Il convient néanmoins de relever que le droit de l'Union européenne ne soutient pas à outrance le divorce étant donné qu'il encadre cette *electio juris* en la soumettant au critère de proximité.

539. L'analyse combinée des articles 10 et 13 du règlement *Rome III* permet également de faire le même constat. En effet, si le premier texte semble illustrer une nouvelle fois la faveur faite à l'égard du divorce dans le droit international privé de l'Union européenne, le second limite les effets de cette faveur en préservant les différences entre droits nationaux. L'article 10 témoigne de l'attachement des institutions de l'Union européenne à la vitalité du droit au divorce en imposant l'application de la loi du for lorsque la loi applicable en vertu de l'article 5 ou 8 du règlement *Rome III* ne prévoit pas le divorce ou ne l'accorde pas. Par le biais de cette règle de conflit de lois subsidiaire, les rédacteurs ont multiplié les chances d'accès au divorce des citoyens européens. Néanmoins, la *favor divortii* n'a pas pour effet de nuire à la diversité des droits nationaux puisqu'en vertu de l'article 13 du règlement *Rome III*, « aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un Etat membre participant dont la

¹⁹²⁸ G. Lardeux, La révision du règlement Bruxelles II « bis » : perspectives communautaires sur les désunions internationales, *D.* 2008. Chron. 795, spéc. p. 798.

¹⁹²⁹ G. Lardeux, L'introduction des règles de conflit de lois, dans A. Leborgne et I. Barrière-Brousse (dir.), *Actualité du droit international privé de la famille*, P.U.A.M., 2009, pp. 91-124, spéc. pp. 99, 111 et 116.

¹⁹³⁰ F. Pocar, Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et la loi applicable au divorce, dans *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Defrénois, 2007, pp. 245-252, spéc. p. 251.

¹⁹³¹ D. Bureau, L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois, dans *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, pp. 285-305, spéc. pp. 303 à 305. Selon l'auteur, « La faculté de choix traduit en effet une prise de position en faveur d'une solution matérielle donnée, et ce de manière inéluctable, car permettre aux individus de choisir la loi applicable, c'est bien les aider à réaliser leur dessein ». Voir dans le même sens, H. Gaudemet-Tallon, L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye), dans *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, pp. 181- 192, spéc. p. 183.

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 ».

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

540. Le droit de l'Union européenne n'a pas fondamentalement révolutionné¹⁹³² le droit international privé de la famille puisqu'il utilise les critères classiques du droit international privé et suit les tendances qui se dessinent tant dans le droit interne des Etats membres et dans le droit international de la Conférence de La Haye. Le droit international privé européen de la famille n'en demeure pas moins singulier puisqu'il adapte les principes traditionnels régissant le droit international privé aux buts et méthodes de l'intégration communautaire¹⁹³³. En effet, les objectifs et les valeurs fondamentales qui animent le droit de l'Union européenne influencent l'ensemble des règles adoptées ou proposées¹⁹³⁴.

541. On peut en outre constater que, par le moyen de règles à finalité matérielle, le droit de l'Union européenne appréhende indirectement le fond du droit de la famille en défendant certaines valeurs ou institutions. La coordination entreprise par le droit de l'Union européenne n'est donc pas si éloignée de la matérialité¹⁹³⁵ du droit de la famille. Cette technique pourrait compromettre le processus de coordination du droit de la famille. Non seulement les Etats membres pourraient en effet soupçonner les institutions de l'Union européenne de vouloir contourner le principe de souveraineté applicable en matière familiale, mais en outre la règle de conflit à finalité matérielle dénature la notion de coordination qui est sensée reposer sur le respect de la diversité¹⁹³⁶. Selon certains auteurs, la règle de conflit à caractère substantiel est un obstacle à la coordination et à l'internationalisation des conflits de lois parce qu'elle est à

¹⁹³² Voir dans ce sens C. Nourissat, De quelques rattachements en droit international privé communautaire, dans *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 731-756, spéc. p. 735.

¹⁹³³ Voir dans ce sens, A. Borrás, Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir, *R.C.A.D.I.*, 2005, t. 317, pp. 313-526, spéc. p. 419 et du même auteur, La libre circulation de la famille en Europe, *LPA*, 4 oct. 2007, n° 199, pp. 8-21, spéc. p. 14.

¹⁹³⁴ H. Gaudemet-Tallon, Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel), *art. préc.*, spéc. p. 191.

¹⁹³⁵ S. Poillot Peruzzetto, Les enjeux de la communautarisation, dans H. Fulchiron et C. Nourissat (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale, op.cit.*, pp. 13-37, spéc. p. 13. L'auteur se demande si l'ordre communautaire peut se contenter d'appréhender le droit de la famille par des angles d'attaques aussi éloignés de la matérialité de la famille que la reconnaissance des décisions, la création du Marché intérieur, la construction d'un statut des fonctionnaires européens.

¹⁹³⁶ O. Remien, European private international Law, The european Community and its emerging Area of Freedom, Security and Justice, *C.M.L.R.*, 2001, n° 38, pp. 53-86, spéc. p. 54.

la fois contraire à la sécurité juridique et facteur de déséquilibre dans l'appréhension des situations juridiques¹⁹³⁷. Elle peut en effet conduire à imposer le résultat souhaité par un groupe d'Etats et ainsi heurter les conceptions défendues par d'autres Etats¹⁹³⁸. La faveur faite à une institution familiale pourrait en effet réduire à néant les efforts entrepris au sein de l'Union européenne pour coordonner une matière si proche des valeurs culturelles de chaque Etat membre et pour laquelle l'unanimité est requise au stade de l'adoption. Les Etats réfractaires à l'institution favorisée pourraient en effet opposer leur veto.

Il convient néanmoins, au vu des textes jusqu'alors adoptés, de relativiser les propos qui précèdent. Ainsi qu'on l'a vu précédemment le droit international privé de l'Union européenne affirme expressément sa faveur à l'égard du créancier d'aliment. Il ne s'agit pourtant pas d'une finalité partagée par l'ensemble des droits des Etats membres puisque le droit international privé des pays de *Common Law* accorde davantage de faveur au débiteur d'aliments. Cette considération n'a cependant pas empêché le Royaume-Uni et l'Irlande de participer à l'adoption et/ou à l'application du règlement *Bruxelles I*¹⁹³⁹ et du règlement n° 4/2009¹⁹⁴⁰. Par ailleurs, la *favor divortii* affichée dans le règlement *Bruxelles II* et *II Bis* n'a pas découragé l'Irlande à adopter et à appliquer ces textes¹⁹⁴¹. Or nul n'ignore le caractère restrictif du divorce irlandais.

¹⁹³⁷ H. Gaudemet-Tallon, L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye), dans *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, pp. 181- 192, spéc. p. 189.

¹⁹³⁸ H. Gaudemet-Tallon, *Ibidem* ; Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé, op. cit.*, spéc. n° 147-3, p. 185.

¹⁹³⁹ Voir considérant 20 du règlement Bruxelles I.

¹⁹⁴⁰ K. Vandekerckhove, Le recouvrement des obligations alimentaires en Europe-Un nouveau cadre législatif, *Rev. dr. UE*, 2010, n° 1, pp. 57-76, spéc. p. 63 et 64.

¹⁹⁴¹ Voir le considérant 24 du règlement Bruxelles II et le considérant 30 du règlement Bruxelles II Bis.

CONCLUSION DU TITRE 1

542. La coordination du droit de la famille au niveau européen relève principalement du droit de l'Union européenne. Elle est fondée sur la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Si la matière familiale est demeurée initialement le « parent pauvre »¹⁹⁴² de la coopération judiciaire civile, la tendance s'est inversée. Bien que progressives, les initiatives entreprises en droit international privé de la famille se multiplient et tendent à concerner l'ensemble des questions familiales. Le droit de l'Union européenne opère cette coordination par le biais non seulement de la technique conflictuelle, qu'il s'agisse tant de règles de conflit de juridictions que de règles de conflit de lois, mais aussi par la mise en place de réseaux de relations entre acteurs de la justice familiale.

543. Le contenu de ces règles est imprégné de la philosophie de l'Union européenne. Les principes d'égalité et de libre circulation des personnes et des jugements familiaux ont en effet guidé les autorités normatives dans l'élaboration du droit international privé européen de la famille. Parce que le principe de reconnaissance mutuelle « ne joue jamais de façon aveugle ni absolue »¹⁹⁴³, il ne supprime pas le phénomène des frontières¹⁹⁴⁴. Néanmoins, si la coordination européenne de la matière familiale maintient les frontières juridiques nationales en s'efforçant de respecter la diversité des droits matériels, elle contribue à les rendre plus perméables¹⁹⁴⁵. Cette perméabilité des systèmes juridiques et judiciaires n'est cependant pas seulement favorisée par la coordination des droits, elle l'est également par le biais de l'harmonisation, qui touche aussi le droit de la famille (**titre 2**).

¹⁹⁴² Expression empruntée à A. Borrás, Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir, *R.C.A.D.I.*, 2005, t. 317, pp. 313-526, spéc. p. 429.

¹⁹⁴³ ¹⁹⁴³ M.-L. Niboyet, La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international, dans J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet, *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruylant, 2003, pp. 153-181, spéc. p. 156.

¹⁹⁴⁴ M.-L. Niboyet, La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international, dans J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet, *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, *op. cit.*, spéc. p. 180.

¹⁹⁴⁵ H. Gaudemet-Tallon, Incertaines familles, incertaines frontières : quel droit international privé ?, dans *Mélanges en l'honneur de M. Revillard*, Defrénois, 2007, pp. 147-168, spéc. p. 162.

TITRE 2 :

L'HARMONISATION DES ORDRES JURIDIQUES EUROPÉENS EN DROIT DE LA FAMILLE

544. L'harmonisation induit un rapprochement des droits autour de principes communs tout en préservant la diversité des règles¹⁹⁴⁶, puisque les modalités de mise en œuvre de ces principes diffèrent d'un Etat membre à l'autre¹⁹⁴⁷. Ce phénomène touche le droit de la famille qui, à l'instar d'autres branches¹⁹⁴⁸, n'échappe pas au processus de fondamentalisation du droit¹⁹⁴⁹, c'est-à-dire à l'influence croissante des droits fondamentaux sur l'évolution du droit¹⁹⁵⁰. L'harmonisation du droit découle de sa fondamentalisation¹⁹⁵¹. En effet, les droits nationaux convergent parce qu'ils partagent un socle de valeurs communes¹⁹⁵² issues des droits fondamentaux¹⁹⁵³. Selon les mots de Mme M.-T. Meulders-Klein, « les droits de

¹⁹⁴⁶ M. Delmas-Marty, Le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine, dans B. Fauvarque-Cosson (dir.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparée, vol. 1, 2003, pp. 39-51, spéc. p. 45.

¹⁹⁴⁷ M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, spéc. p. 36 ; C. Mialot et P. Dima Ehongo, De l'intégration normative à géométrie et à géographie variables, dans M. Delmas-Marty (dir.), *Critique de l'intégration normative - L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004, spéc. p. 27.

¹⁹⁴⁸ R. Dumas, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, L'Harmattan, 2008 ; J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003 ; I. Meyrat, *Droits fondamentaux et droit du travail*, thèse, Paris X, 1998 ; X.A. De Mello, Droit de la concurrence et droits de l'homme, *R.T.D. eur.* 1993, p. 601 ; V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005.

¹⁹⁴⁹ K. Garcia, *Le droit civil européen. Nouvelle matière, nouveau concept*, op. cit., spéc. n° 537 et s. Voir également E. Dreyer, La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *D.* 2006, chron., p. 748, spéc. p. 750 ; P. Glaudet, Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme, *LPA*, 2004, n° 65, p. 3, spéc. p. 11 et s.

¹⁹⁵⁰ M. Gjidara, Le Code civil français survivra-t-il à la construction européenne ?, *Zbornik PFZ*, 2006, 56(4), pp. 911-967, spéc. p. 913. Selon l'auteur, « Les droits de l'Homme sont les nouveaux dogmes qui s'imposent en droit civil, s'agissant des personnes, de leurs relations mutuelles ». Article consultable sur : http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:FUDN2c_3zpgJ:hrcak.srce.hr/file/8167+M.+Gjidara+le+code+civil+fran%C3%A7ais+survivra-t-il+%C3%A0+la+construction-europeenne

¹⁹⁵¹ D. Coester-Waltjen, Human rights and the harmonization of family law in Europe, dans K. Boele-Woelki and T. Sverdrup (eds), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, 2008, pp. 3-15.

¹⁹⁵² M.-T. Meulders-Klein, Quelle unité pour le droit de la famille en Europe ?, *R.M.C.U.E.*, 2000, n° 438, pp. 328-331, spéc. p. 331.

¹⁹⁵³ K. Boele-Woelki, European Challenges in Contemporary Family Law : some final Observations, dans K. Boele-Woelki et T. Sverdrup (dir.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, 2008, pp. 413-423, spéc. p. 415 ; H. Bosse-Platière, Le statut de l'enfant et l'europanisation des sources en droit de la famille, dans D. Gadbin et F. Kernaleguen (dir.), *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruylant, 2004, pp. 67-95, spéc. p. 82 et s.

l'Homme [...] apparaissent de plus en plus comme l'élément transcendant et fédérateur des sociétés modernes par-delà leur diversité »¹⁹⁵⁴.

545. Si la définition des droits fondamentaux semble « périlleuse » et « insoluble »¹⁹⁵⁵ pour certains¹⁹⁵⁶, elle est plus ou moins assimilable à celle des droits de l'Homme pour d'autres¹⁹⁵⁷. La philosophie des droits de l'Homme remonte aux siècles des Lumières. Ils s'entendaient initialement comme l'ensemble des « droits et libertés publiques de l'individu-citoyen face à l'Etat »¹⁹⁵⁸. Le concept a évolué au gré de l'internationalisation et surtout de l'euphémisation du droit puisqu'il englobe désormais les droits des individus en tant que personne humaine face à l'Etat, mais aussi face aux autres individus¹⁹⁵⁹. La notion de droits fondamentaux semble ainsi plus opportune puisqu'elle est plus large que celle des droits de l'Homme.

546. Deux valeurs fondamentales peuvent être identifiées comme imprégnant majoritairement les normes internes adoptées en droit de la famille : il s'agit des principes d'égalité et de liberté¹⁹⁶⁰. Ces deux principes fondamentaux sont inscrits dans tous les textes

¹⁹⁵⁴ M.-T. Meulders-Klein, Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ?, dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes du colloque organisé par le LERADP de l'Université de Lille II les 15 et 16 déc. 1994, L.G.D.J., 1996, pp. 179-213, spéc. p. 179. Voir dans le même sens, M. Gjidara, Le Code civil français survivra-t-il à la construction européenne ?, *art. préc.*, spéc. p. 913.

¹⁹⁵⁵ C. A. Colliard, *La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire*, rapport général, 7^e Congrès FIDE, Bruxelles, oct. 1975, spéc. pp. 3-5.

¹⁹⁵⁶ Y. Madiot, Universalisme des droits fondamentaux et progrès du droit, dans *La protection des droits fondamentaux*, Actes du colloque de Varsovie des 9 au 15 mai 1992, PUF, 1993, p. 35, spéc. p. 58 ; Voir également J. Robert, La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français, bilan et réformes, dans *Les nouveaux enjeux des droits de l'homme*, colloque de Stockholm des 20 et 21 avril 1989, RDP 1990, p. 1247 ; J. Favard, Le labyrinthe des droits fondamentaux, *Dr. Soc.* 1999, p. 215 ; S. Nadaud, *Codifier le droit civil européen*, Larcier, 2008, spéc. n° 151.

¹⁹⁵⁷ J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, thèse, PUAM, 2003, spéc. n° 8 ; K. Garcia, *Le droit civil européen, nouvelle matière, nouveau concept*, Larcier, 2008, spéc. n° 540 ; R. Dumas, Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires, thèse, Lille III, n° 8.

¹⁹⁵⁸ M.-T. Meulders-Klein, Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ?, dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes du colloque organisé par le LERADP de l'Université de Lille II les 15 et 16 déc. 1994, L.G.D.J., 1996, pp. 179-213, spéc. p. 180.

¹⁹⁵⁹ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2011, 10^e Ed. ; F. Sudre et R. Tinière (dir.), *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2007, 2^e Ed.

¹⁹⁶⁰ M.-T. Meulders-Klein, Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ?, dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes du colloque organisé par le LERADP de l'Université de Lille II les 15 et 16 déc. 1994, L.G.D.J., 1996, pp. 179-213, spéc. p. 190. Pour la France, voir P. Catala, Aspects de l'évolution récente du droit de la famille, *Travaux de l'Association Henri Capitant (1988)*, t. XXXIX, Economica, 1990, p. 1 et s. ; M. Pichard, Droits fondamentaux et principe de non-discrimination en droit des personnes et de la famille, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp. 181-196 ; J. Massip, Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille, *Defr.* 1990, art. 34682, pp. 149-159. Pour l'Allemagne, voir F. Furkel, L'évolution récente du droit de la famille en Allemagne, consultable sur : <http://www.atds.org.tn/CONF%20FURKELL%202%20droit%20famille%20Tunis.pdf>

constitutionnels nationaux sous des déclinaisons diverses. L'égalité peut en effet être appréhendée sous un autre aspect¹⁹⁶¹, celui de non-discrimination¹⁹⁶² et la liberté se traduit soit par la reconnaissance de libertés individuelles¹⁹⁶³, soit par la consécration d'un droit au libre développement de sa personnalité¹⁹⁶⁴.

547. D'application générale, ces valeurs fondamentales ont intégré les relations familiales sous l'impulsion du droit européen supranational et plus particulièrement de la Conv. ESDH telle qu'interprétée par la Cour EDH. Cette dernière a en effet dégagé du droit au respect de la vie privée et familiale issu de l'article 8 de la Conv. ESDH et de l'application conjuguée de cette disposition avec le principe de non-discrimination de l'article 14, les principes généraux de libre épanouissement de la personne et d'égalité au sein de la famille. L'évolution du droit de la famille français permet de relever le rôle précurseur du droit du Conseil de l'Europe dans la fondamentalisation de la matière. En effet, le principe d'égalité, pourtant proclamé dès 1789 n'a véritablement fait son apparition de manière durable au sein des relations familiales qu'à compter des années 1960 et cette intégration s'est intensifiée à partir des années 1980, c'est-à-dire une fois le recours individuel devant la Cour EDH admis.

La fondamentalisation du droit de la famille trouve une nouvelle assise juridique supranationale dans le droit de l'Union européenne et plus particulièrement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui consacre les mêmes principes d'égalité et de

¹⁹⁶¹ Voir dans ce sens K. Garcia, *op. cit.*, spéc. n° 643. P. Jestaz, Le principe d'égalité des personnes en droit privé, dans *La personne humaine, sujet de droit*, PUF, 1994, pp.159-170, spéc. p. 159.

¹⁹⁶² Voir l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC) et le préambule de la Constitution de 1946. Voir également l'article 3 de la Loi Fondamentale allemande (Grundgesetz du 23 mai 1949) dont l'alinéa 1 pose le principe général de l'égalité de traitement devant la loi, l'alinéa 2 énonce le principe d'égalité entre l'homme et la femme et l'alinéa 3 prohibe la discrimination fondée sur le sexe, l'ascendance, la race, la langue, la patrie, l'origine, la croyance, les opinions politiques et religieuses et le handicap. Voir l'article 14 de la Constitution espagnole du 31 octobre 1978 qui consacre le principe d'égalité devant la loi et prohibe toute discrimination fondée sur la naissance, la race, le sexe, la religion, l'opinion ou toute autre circonstance personnelle ou sociale. Voir les articles 10 et 11 de la Constitution belge du 7 février 1831 consacrant l'égalité devant la loi, l'égalité homme-femme et prohibant toute discrimination. De même l'article 3 §1 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947 prévoit le concept d'égalité de tous citoyens devant la loi sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion ou autres. Voir l'article 1 de la Constitution néerlandaise du 17 février 1983 qui consacre le principe général d'égalité des personnes et prohibe toute discrimination. Voir également les articles 10 et 11 de la Constitution luxembourgeoise du 17 octobre 1868, l'article 40 §1 de la Constitution irlandaise du 1^{er} juillet 1937, l'article 13 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976, l'article 2 du Chapitre 1 de la Constitution suédoise du 28 février 1974, l'article 6 de la Constitution finlandaise (2000) et l'article 4 de la Constitution grecque du 9 juin 1975.

¹⁹⁶³ Art. 1er et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen française de 1789. Voir également l'article 12 de la Constitution belge et de la Constitution luxembourgeoise, l'article 40 §2 de la Constitution irlandaise, les articles 2 du chapitre 1 et 1^{er} du chapitre 2 de la Constitution suédoise et l'article 7 de la Constitution finlandaise.

¹⁹⁶⁴ Voir l'article 2 de la Loi fondamentale allemande et l'article 3 §2 de la Constitution italienne. Aux termes de ces textes, chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité. Voir également l'article 10 de la Constitution espagnole, l'article 5 § 1 de la Constitution grec et l'article 24 de la constitution portugaise.

liberté aux articles 6, 7, 20, 21 et 23¹⁹⁶⁵. Ce texte, entré en vigueur en décembre 2009, entretient cette tendance, voire la renforce en lui insufflant une dynamique plus moderne. Les débats alimentés par la rédaction de l'article 9 de la Charte en ce qui concerne le droit au mariage permettent de le relever¹⁹⁶⁶.

548. Encouragés par les droits européens supranationaux¹⁹⁶⁷, les ordres juridiques nationaux ont entrepris de nombreuses réformes en vue d'insérer les principes d'égalité et de liberté dans la matière familiale. Ces principes fondamentaux sont en effet constamment présentés, dans les travaux législatifs, comme des principes moteurs de l'évolution contemporaine du droit de la famille en Europe¹⁹⁶⁸. Ils façonnent les droits nationaux de la famille dans un sens convergent. Le poids de la méthode comparative dans le processus législatif interne conduit même, parfois, à l'adoption de règles similaires d'un pays à l'autre. L'harmonisation du droit de la famille est ainsi le résultat des dialogues des divers ordres juridiques européens¹⁹⁶⁹, c'est-à-dire d'influences réciproques de nature verticale et horizontale¹⁹⁷⁰. Elle est à la fois spontanée et provoquée¹⁹⁷¹.

549. Parce que la plupart des convergences observées résulte de l'application conjuguée des principes d'égalité et de liberté, l'analyse successive de l'harmonisation des droits nationaux de la famille par le moyen, d'une part, du principe fondamental d'égalité et, d'autre part, du principe fondamental de liberté n'a pas été retenue. On a pu en effet constater que l'intégration simultanée de l'idéologie égalitaire et libérale au sein des relations familiales conduit les législateurs nationaux à adopter des orientations similaires, telles que la promotion des droits individuels de chaque membre de la famille et la garantie du droit de mener la vie familiale de son choix. Les droits nationaux de la famille contemporains accordent donc

¹⁹⁶⁵ Ces articles énoncent respectivement le principe de liberté, de respect de la vie privée et de la vie familiale, le principe d'égalité en droit, de non-discrimination et d'égalité entre l'homme et la femme.

¹⁹⁶⁶ Voir *supra* n° 151.

¹⁹⁶⁷ V. Larribau-Terneyre, La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste, dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 83-107, spéc. p. 99.

¹⁹⁶⁸ H. Bosse-Platière, L'avenir du droit civil de la famille : quelques conjectures. A l'horizon de l'Europe, *Info. Soc.*, 8/2005, n° 128, pp. 38-51, spéc. p. 45 et s.

¹⁹⁶⁹ A. Rieg, L'harmonisation européenne du droit de la famille : mythe ou réalité ?, dans *Conflits et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Editions universitaires, Fribourg, 1990, pp. 473-499, spéc. p. 476. Voir également F. Granet, Convergences et divergences des droits européens de la famille, *Dr. fam.* 2000, n° 12 bis, n° 1, pp. 6-17, spéc. p. 6.

¹⁹⁷⁰ M. Delmas-Marty parle alors de « hiérarchies enchevêtrées », dans *Le pluralisme ordonné, op. cit.*, spéc. p. 72.

¹⁹⁷¹ H. Fulchiron, La famille face à la mondialisation, dans E. Loquin et C. Kessedjian (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, pp. 479-493, spéc. p. 481 et s.

d'avantage d'intérêt à chaque personne qui compose la famille ainsi qu'à chaque modèle familial. En d'autres termes, la fondamentalisation du droit de la famille transforme l'appréhension de la matière puisque celle-ci tend à devenir un droit des personnes de la famille et un droit des familles plutôt qu'un droit de la famille institutionnelle¹⁹⁷². Aussi peut-on dire que les droits européens contemporains de la famille sont modelés par les droits fondamentaux¹⁹⁷³, au gré du dialogue des ordres juridiques européens, dans un sens plus individualiste¹⁹⁷⁴ (**chapitre 1**) et plus neutre¹⁹⁷⁵, donc pluraliste (**chapitre 2**).

¹⁹⁷² N. Catala, Le gouvernement de la famille, dans *Le discours et le code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, pp. 227-234, spéc. p.230. Selon l'auteur, « l'institution familiale conçue en 1804 a été bouleversée par l'irradiation des droits de l'homme et du citoyen ».

¹⁹⁷³ L. Favoreu, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2009, 5^e éd., spéc. p. 3. Selon l'auteur, le droit est « ensemencé » par les droits fondamentaux.

¹⁹⁷⁴ J. Commaille, Droit de la famille, droit des individus, *Revue Quart Monde*, 2001, n° 179.

¹⁹⁷⁵ Sur la neutralité du droit de la famille fondée sur le principe de tolérance, voir M.A. Glendon, *State, Law and Family : Family Law in Transition in the United States and Western Europe*, North Holland Publishing Cy, 1977.

Chapitre 1 :

L'INDIVIDUALISME DU DROIT DE LA FAMILLE EUROPÉEN CONTEMPORAIN

550. Le droit de la famille est demeuré longtemps celui de l'institution familiale¹⁹⁷⁶. « Pépinière de l'Etat »¹⁹⁷⁷, la famille était considérée comme le cadre privilégié de l'équilibre social¹⁹⁷⁸. La fonction sociale reconnue à l'entité familiale a conduit les Etats européens à privilégier une conception holistique du droit de la famille¹⁹⁷⁹. L'intérêt du groupe primait sur celui des individus qui le composent¹⁹⁸⁰. C'est notamment sur le fondement de la paix familiale que les ordres juridiques internes ne reconnaissaient pas de droits familiaux aux enfants adultérins. Le chef de famille étant considéré comme le gardien de l'intérêt du groupe, les ordres juridiques européens procédaient à l'organisation de la famille au moyen de la puissance maritale et paternelle¹⁹⁸¹. La famille était donc strictement hiérarchisée.

551. Parallèlement à l'évolution des mœurs, la fondamentalisation du droit de la famille et, plus particulièrement, l'insertion des principes d'égalité et de liberté dans la matière familiale, a incité les ordres juridiques internes à recentrer le droit de la famille sur la personne et ainsi à tenir davantage compte de l'intérêt des individus¹⁹⁸². « Le glissement s'est opéré du sentiment

¹⁹⁷⁶ Sur la théorie institutionnelle de la famille, voir J. Bonnet, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de la famille : ses destinées dans le droit civil contemporain*, E. de Boccard, 2^e Ed., 1928 ; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruylant, 1962, Tome 1, spéc. n° 53 ; F. Rigaux, *Les personnes, t.1- Les relations familiales*, Larcier, 1971, spéc. n° 679 et s.

¹⁹⁷⁷ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)*, Editions Confluences, 2004, spéc. p. 46.

¹⁹⁷⁸ Selon Portalis, « chaque famille est une société particulière et distincte dont le gouvernement importe à la grande famille qui les comprend toutes ». Dans le même sens, Napoléon affirmait qu'« un bon Gouvernement est le gouvernement de familles bien gouvernées », citation extraite de E. Millard, *L'évolution du droit de la famille, Réalités familiales*, 2003, n° 68, pp. 80-84.

¹⁹⁷⁹ M.-T. Meulders-Klein, Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale, *Droit et Société*, 1993, n° 23/24, pp. 164-197, spéc. p. 165.

¹⁹⁸⁰ P. Murat, *Les grandes mutations du droit de la famille*, podcast visionable sur : <http://podcast.grenet.fr/episode/les-grandes-mutations-du-droit-de-la-famille/>

¹⁹⁸¹ V. Larribau-Terneyre, La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste, dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 83-107, spéc. p. 93.

¹⁹⁸² J.-L. Renchon, La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp. 209-236, spéc. p. 210. Selon l'auteur, l'individualisme « promeut et privilégie le droit de l'individu de faire autant que possible respecter et prévaloir ses choix et ses intérêts personnels par rapport à d'autres finalités qui lui seraient imposées en raison de considérations générales ou collectives ».

du "nous" de la communauté familiale quelle que soit son étendue, au sentiment du "je" de l'individu libre et solitaire »¹⁹⁸³. La famille est le cadre de relations interpersonnelles où, désormais, chacun de ses membres peut faire valoir ses droits et sa volonté à l'égard des autres. L'autodétermination¹⁹⁸⁴ s'est ainsi substituée à l'autorité du chef de famille dans l'organisation des relations familiales. Cette « métamorphose du droit de la famille »¹⁹⁸⁵ est commune à l'ensemble des ordres juridiques internes européens qui ont accordé une plus large autonomie¹⁹⁸⁶ à chacun des membres de la famille, l'enfant y compris¹⁹⁸⁷. Cette évolution individualiste¹⁹⁸⁸ se traduit ainsi par une libéralisation des relations de couple¹⁹⁸⁹ (**section 1**), mais aussi par l'apparition d'un droit de la famille pédocentrique¹⁹⁹⁰ (**section 2**).

¹⁹⁸³ M.-T. Meulders-Klein, Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale, art. préc., spéc. p. 170. Voir dans le même sens, J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, op. cit., spéc. p. 750. Selon l'auteur, si « quelques années auparavant c'était l'intérêt de la famille qui était entré en force dans le reste du livre [premier relatif aux personnes dans le Code civil], comme critère d'appréciation judiciaire. Maintenant, le droit civil ayant décidément épousé les Droits de l'homme, c'est la valeur de la personne qui prend le dessus ».

¹⁹⁸⁴ L'autodétermination désigne en philosophie la possibilité pour un individu de choisir librement sa conduite et ses opinions hors de toute pression extérieure. Voir M. Martín-Casals et J. Ribot (Eds), *The role of Self-determination in the Modernisation of Family Law in Europe*, Papers presented at the 2003 European Regional Conference of the International Society of Family Law, 2003. Voir également C. Biquet-Mathieu, P. Lecocq et Y.-H. Leleu, La lettre de Belgique, *R.J.T.* 2007, n° 41, pp. 723-755, spéc. p. 732.

¹⁹⁸⁵ P. Catala, La métamorphose du droit de la famille, dans *Le Code civil, 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, pp. 341-358. Voir également H. Fulchiron, Mariage et conjugalité ; parenté-parentalité : métamorphose ou rupture ?, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, spéc. p. IX.

¹⁹⁸⁶ G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 2006, spéc. p. 14.

¹⁹⁸⁷ P. Murat, *Les grandes mutations du droit de la famille*, podcast visionnable sur : <http://podcast.grenet.fr/episode/les-grandes-mutations-du-droit-de-la-famille/>

¹⁹⁸⁸ J.-L. Renchon, Considérations en forme de conclusions à propos de l'œuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l'homme, dans F. Krenc et M. Puéchavy (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, pp. 145-168, spéc. p. 150.

¹⁹⁸⁹ F. Le Doujet Thomas, *Le couple et les principes juridiques d'égalité et de non-discrimination*, ANRT, 2004.

¹⁹⁹⁰ Expression retenue par J. Carbonnier, dans *Droit civil, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, op. cit., spéc. p. 833. Voir également J.-J. Lemouland, *Encyclopédie Dalloz, Droit civil, V° Famille*, spéc. n° 276 ; P. Murat, L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ?, *Dr. fam.* 1998, n° 10, chron. n° 14, pp. 4-9, spéc. p. 4.

Section 1 : La libéralisation des relations de couple

552. La notion juridique de « couple »¹⁹⁹¹ est entrée assez tardivement dans le langage législatif du droit de la famille français en raison du monopole¹⁹⁹² accordé à l'institution du mariage comme socle de la famille. Il n'est donc pas surprenant que l'apparition de ce concept « coïncide avec la crise du mariage »¹⁹⁹³. On le trouve pour la première fois en 1994 dans les lois sur la bioéthique en matière de procréation assistée¹⁹⁹⁴, puis dans la loi du 15 décembre 1999 relative au PACS¹⁹⁹⁵. Si le premier texte réserve la notion de couple aux époux et aux concubins de sexe différent¹⁹⁹⁶, le second l'étend aux concubins et partenaires de même sexe¹⁹⁹⁷. Ainsi, la notion juridique de couple permet de désigner toutes les formes de conjugalité désormais reconnues par le droit¹⁹⁹⁸.

La notion de couple ne recouvre pas seulement une dimension conjugale. En présence d'un enfant, un rapport parental faisant naître un certain nombre de droits et de devoirs vient s'ajouter à la relation conjugale. Même séparés, le père et la mère demeurent tenus par leurs obligations parentales. Ils continuent ainsi à entretenir une relation parentale plus ou moins harmonieuse. L'enfant fait survivre le couple dans sa dimension parentale alors même que sa dimension conjugale a disparu. Cette double dimension a été prise en compte afin de mettre en exergue la libéralisation des relations de couple.

553. Libéraliser c'est rendre moins autoritaire et favoriser la liberté et l'échange. Cette tendance caractérise l'évolution du droit de la famille puisque le droit du couple ne repose

¹⁹⁹¹ Sur le sens de la notion en droit civil, voir C. Brunetti-Pons, L'émergence d'une notion de couple en droit civil, *R.T.D. civ.* 1999, pp. 27-49; voir également C. Brunetti-Pons (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, 1998.

¹⁹⁹² P. Festy, La reconnaissance légale des couples homosexuels en Europe, *Info. Soc.* 2008/5, n° 149, pp. 124-135, spéc. p. 125; J. Hauser, La concurrence des formes juridiques de vie en couple, *Dr. fam.* 2000, n° 12 bis, n° 3, pp. 20-24, spéc. p. 21.

¹⁹⁹³ M.-T. Meulders-Klein, Les concubinages : diversités et symboliques, dans *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, pp. 603-617, spéc. p. 612.

¹⁹⁹⁴ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, J.O. n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11059.

¹⁹⁹⁵ Voir article 515-8 du Code civil introduit par la loi de 1999. Voir également la décision du Conseil constitutionnel DC n° 99-419 du 9 novembre 1999, JO 16 novembre 1999, p. 1692.

¹⁹⁹⁶ Article L 152-2 du code de la santé publique.

¹⁹⁹⁷ S. Mirabail, Le couple, dans C. Neirinck, *La famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille*, Érès, 2003, pp. 29-38, spéc. p. 29.

¹⁹⁹⁸ H. Fulchiron, Couples, mariage et différence des sexes : une question de discrimination ?, dans *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, pp. 29-52, spéc. p. 29.

plus sur un modèle autoritaire et impératif, mais plutôt sur un modèle collaboratif. Les réformes entreprises en la matière visent non seulement un meilleur équilibre des rôles entre la femme et l'homme au sein du couple, mais aussi une plus grande implication de chacun d'eux dans l'organisation de leurs relations en favorisant l'autonomie de la volonté. Aussi peut-on dire que la libéralisation des relations de couple se réalise par le moyen, d'une part, de la promotion de l'égalité entre l'homme et la femme au sein du couple (§1) et, d'autre part, de la « privatisation »¹⁹⁹⁹ de la vie de couple (§2), qui doit s'entendre comme un recul de l'intervention de l'Etat dans l'organisation des relations conjugales et un renvoi de plus en plus fréquent à la volonté des intéressés.

§1. La promotion de l'égalité entre l'homme et la femme au sein du couple

554. Les droits de la famille européens ont longtemps reposé sur un système inégalitaire en ce qui concerne les relations entre l'homme et la femme. La philosophie des droits fondamentaux a contraint les législateurs nationaux à réformer le droit de la famille dans un sens plus respectueux des droits de la femme. La montée de l'individualisme en droit de la famille s'est ainsi concrétisée par la valorisation du statut de la femme au sein du couple. L'évolution égalitaire ne touche pas seulement la femme, elle concerne également l'homme. En effet, l'émancipation, induite par l'individualisme du droit de la famille, n'implique pas seulement un affranchissement de l'autorité, mais aussi un affranchissement des préjugés. Or l'homme a subi et subit encore quelques défaveurs dans son rôle de père. C'est pourquoi l'évolution individualiste du droit de la famille concerne également l'homme et se traduit par la valorisation de son rôle paternel. Aussi, convient-il de relever que la promotion de l'égalité ne se réduit pas à l'émancipation de la femme, mais se manifeste davantage par une répartition équilibrée des rôles conjugaux (A) et des rôles parentaux (B) entre l'homme et la femme.

¹⁹⁹⁹ H. Fulchiron, De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle, dans *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 395-415, spéc. p. 402. Voir également V.Larribau-Terneyre, La place du médiateur dans les conflits relatifs à l'autorité parentale, dans F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (Eds), *L'autorité parentale en question*, Presses universitaires du Septentrion, 2003, pp. 139-164, spéc. p. 140. Voir également, A. Bénabent, *Droit civil : la famille*, Litec, 2010, p. 13.

A. La répartition équilibrée des rôles conjugaux

555. Les ordres juridiques internes ont aboli la « hiérarchie conjugale »²⁰⁰⁰ qui caractérisait initialement les règles relatives au mariage. Cette hiérarchie se traduisait par la consécration juridique de la puissance maritale et de l'incapacité de la femme mariée²⁰⁰¹. L'époux disposait ainsi du monopole décisionnel et concentrait tous les pouvoirs entre ses mains, même en ce qui concerne la gestion des biens propres de son épouse. Cette prépondérance du mari a été remise en cause par l'apparition du principe d'égalité des sexes comme valeur fondamentale au sein des Constitutions nationales²⁰⁰² et des textes européens supranationaux. La conception patriarcale des codes civils européens heurtant cette idéologie égalitaire, les autorités normatives des différents Etats européens ont entrepris un vaste mouvement de réformes des effets personnels du mariage et des régimes matrimoniaux. Par un effet de contagion, lié à l'utilisation de la méthode comparative au sein des travaux législatifs, les législateurs nationaux ont suivi les mêmes orientations en vue d'appliquer le principe fondamental d'égalité des sexes au sein de la famille.

556. En effet, l'évolution égalitaire au sein du couple marié s'est majoritairement traduite par l'attribution de la pleine capacité juridique à l'épouse²⁰⁰³, la reconnaissance de son indépendance financière et professionnelle²⁰⁰⁴ et enfin une meilleure répartition des rôles et des pouvoirs dans la gestion du patrimoine et de la vie de famille²⁰⁰⁵. L'ensemble des Etats membres de l'Union européenne ont, effectivement, reconnu le droit de chacun des époux de participer au choix du domicile conjugal et de contribuer aux charges du ménage²⁰⁰⁶.

²⁰⁰⁰ L. Hincker, Couple conjugal et couple parental. Etude comparative des législations française et allemande, *Rev. Sc. Soc.*, 1996, n° 23, pp. 178-182, spéc. p. 179.

²⁰⁰¹ Voir notamment l'ancien art. 213 du Code civil français et l'ancien art. 1354 du Code civil allemand (BGB).

²⁰⁰² J. Deliyannis, L'influence de la Constitution hellénique sur le droit des personnes et de la famille, dans *Journées de la Société de Législation comparée*, 1981, p. 551 et s.

²⁰⁰³ Law Reform (married Women and Tortfeasors) Act de 1935 au Royaume-Uni; Loi du 18 février 1938 en France ; Loi du 30 avril 1958 en Belgique : C. Renard, La réforme du statut de la femme mariée en Belgique, *R.I.D.C.* 1958, pp. 56-64. Aux Pays-Bas, loi du 14 juin 1956 : M.-F. Papandreou, Le régime juridique des biens destinés à l'usage commun des époux, Pays-Bas, *R.I.D.C.* 1990, pp. 1281-1303.

²⁰⁰⁴ En France, Lois du 13 juillet 1907 et du 13 juillet 1965 ; En Allemagne, Loi du 18 juin 1957 sur l'égalité juridique de l'homme et de la femme en matière de droit civil (Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts). Voir C. Labrusse-Riou, *L'égalité des époux en droit allemand*, LGDJ, 1965 ; G. Beitzke, La loi allemande sur l'égalité de l'homme et de la femme, *R.I.D.C.* 1958, pp. 39-55. En Belgique, loi du 22 juin 1959.

²⁰⁰⁵ H. Döle, L'égalité de l'homme et de la femme dans le droit de la famille. Etude de politique législative comparée, *R.I.D.C.* 1950, pp. 250-275, spéc. p. 255.

²⁰⁰⁶ En Grèce, loi du 15/18 février 1983. Voir J. Deliyannis, Les grandes lignes de la réforme du droit de la famille hellénique, *R.I.D.C.* 1986, pp. 811-828 et G. Koumantos, Evolution récente du droit de la famille en Grèce, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*,

L'autonomie juridique de l'épouse s'est, en outre, manifestée à travers la conservation de son nom de jeune fille²⁰⁰⁷.

557. Concernant la gestion égalitaire du patrimoine, les Etats ont opté pour des solutions différentes en matière de régime matrimonial²⁰⁰⁸. Les uns ont préféré le régime légal de la séparation de biens permettant à l'épouse d'administrer ses biens propres sans requérir l'autorisation de son mari²⁰⁰⁹. Les autres ont retenu le régime de la communauté de biens tout en soumettant le patrimoine commun au principe de la gestion concurrente ou conjointe en fonction du caractère plus ou moins grave des actes à accomplir et les biens propres au pouvoir exclusif de chacun des époux²⁰¹⁰. La consécration législative et même

Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 155-161, spéc. p. 157 ; En Espagne, loi n° 14/75 du 2 mai 1975 sur la situation juridique de la femme mariée et les droits et devoirs des conjoints et loi 15/2005 du 8 juillet 2005 : S. Sanz Caballero, *Le droit de la famille en Espagne et son évolution récente*, dans P. Boucaud (dir.), *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, Bruylant, 2009, pp. 105-123, spéc. p. 111. En Allemagne, loi du 18 juin 1957 : F. Furkel, *L'évolution du droit de la famille en République Fédérale d'Allemagne*, dans P. Boucaud (dir.), *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, Bruylant, 2009, pp. 85-103, spéc. p. 88.

²⁰⁰⁷ Voir la circulaire française du 26 juin 1986. Voir la loi italienne n° 151 du 19 mai 1975 selon laquelle l'épouse ajoute à son nom celui de son mari et non plus prend le nom de son mari. G. Brulliard, *La réforme du droit de la famille en Italie*, *R.I.D.C.* 1975, pp. 645-660, spéc. p. 651. Voir également les lois du 14 juin 1976 et du 16 décembre 1993 en Allemagne : L'ancienne législation allemande de 1900 attribuait automatiquement à l'épouse le nom de son mari. La loi de 1976 a modifié le § 1355, al. 1, du BGB pour reconnaître aux époux le choix du nom de famille au moment de la célébration du mariage entre le nom de naissance de l'épouse et celui du mari. A défaut de choix, le nom de l'époux est automatiquement attribué. Cette survivance de la prépondérance maritale a été dénoncée par la Cour constitutionnelle fédérale dans une décision du 5 mars 1991 (BVerfG, 5 mars 1991 ; BVerfGE 84, p. 9 et s.: *R.I.D.C.*, 1991, p. 679). Le législateur allemand est ainsi intervenu une nouvelle fois en 1993 pour effacer cette dernière trace d'inégalité en permettant à chacun des époux de conserver leur nom de naissance à défaut de choix d'un nom conjugal commun (« Ehename »). Voir F. Furkel, *Les dispositions de la loi allemande du 14 juin 1976 relatives au nom : modèle pour une réforme du droit français*, *R.I.D.C.* 1985, pp. 353-377, spéc. p. 360 et du même auteur, *La réforme du nom en Allemagne (Les dispositions essentielles de la loi du 16 décembre 1993)*, *R.I.D.C.*, 1994, pp. 1135-1141.

²⁰⁰⁸ A. Rieg, *Traits fondamentaux de l'évolution du droit des régimes matrimoniaux dans l'Europe du XXe siècle*, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 425-430.

²⁰⁰⁹ La Grèce, voir G. Koumantos, *Evolution récente du droit de la famille en Grèce*, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 155-161, spéc. p. 157. Le Royaume-Uni, voir le Married Women's property Act de 1882 : J. Flauss-Diem, *Le régime juridique des biens destinés à l'usage commun des époux*, Angleterre, *R.I.D.C.* 1990, pp. 1137-1166.

²⁰¹⁰ En Espagne, loi n° 11/81 du 13 mai 1981 : D. Espin Canovas et A. Pau Padron, *Le régime juridique des biens destinés à l'usage commun des époux*, Espagne, *R.I.D.C.* 1990, pp. 1199-1213, spéc. p. 1200 et 1208. En Italie, loi du 19 mai 1975 : P. Cendon, A. Venchiarutti et M. Bussani, *Le régime juridique des biens destinés à l'usage commun des époux*, Italie, *R.I.D.C.* 1990, pp. 1269-1279, spéc. p. 1272. En Belgique, loi du 14 juillet 1976 : L. Raucënt, *La nouvelle loi sur les régimes matrimoniaux ou l'égalité des époux dans la légalité*, *J.T.* 1976, n° 4968, pp. 553-563. En France, Loi du 23 déc. 1985 : P. Simler, *L'évolution du droit des régimes matrimoniaux en France de 1804 à 1989, ou la conquête de l'égalité*, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 555-559, spéc. p. 559. Voir également A. Rieg, *Le régime juridique des biens destinés à l'usage commun des époux*, France, *R.I.D.C.* 1990, pp. 1215-1231. En Italie, loi du 19 mai 1975 : P. Cendon, A. Venchiarutti et M. Bussani, *Le régime juridique des biens destinés à l'usage commun des époux*, Italie, *R.I.D.C.* 1990, pp. 1269-1279, spéc. p. 1272. En Allemagne, Loi du 18 juin 1957, F. Ferrand, *Le droit civil de la famille et l'égalité des époux en*

jurisprudentielle²⁰¹¹ du principe d'égalité des sexes au sein des relations conjugales a ainsi conduit à une harmonisation des droits européens de la famille dans le sens de la bilatéralisation des devoirs conjugaux²⁰¹².

B. La répartition équilibrée des rôles parentaux

558. Le principe de l'égalité des sexes a également modifié les règles régissant le « couple parental »²⁰¹³ dans le sens d'un meilleur équilibre des droits de la mère et du père. Si certaines mesures profitent davantage à la mère (1), d'autres promeuvent le rôle du père (2).

1. Le rééquilibrage au profit de la mère

559. Le principe historique de la puissance paternelle se traduisait par la transmission automatique du nom patronymique et par le monopole décisionnel du père concernant l'éducation et la représentation des enfants²⁰¹⁴. Les réformes des règles relatives à la transmission du nom de famille ont été entreprises dans l'unique but de réaliser, en la matière, l'égalité de l'homme et de la femme. La plupart des Etats ont opté soit pour le libre choix des parents entre le nom du père, le nom de la mère ou les deux noms accolés²⁰¹⁵ soit pour la transmission automatique des deux noms de famille²⁰¹⁶. Si la France a choisi la première solution, il faut néanmoins relever une certaine résistance de la conception patriarcale puisqu'à défaut de déclaration conjointe auprès de l'officier d'état civil, l'enfant reçoit le nom

République Fédérale d'Allemagne, *R.I.D.C.* 1986, pp. 867-895, spéc. p. 872, voir également du même auteur, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, spéc. n° 486.

²⁰¹¹ R. Jaeger, *La Cour constitutionnelle fédérale : Cinquante ans de lutte pour l'égalité des sexes*, consultable sur : <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=35> ; D. Schwab, Droit de la famille et juridiction en Allemagne, dans M.-T. Meulders-Klein (dir.), *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, LGDJ, 1997, pp. 105-117.

²⁰¹² F. Le Doujet Thomas, *Le couple et les principes juridiques d'égalité et de non-discrimination*, préc., spéc. n° 54.

²⁰¹³ Selon la formule de J.-J. Lemouland, dans *Le couple en droit civil*, *Dr. fam.* 2003, n° 7/8, pp. 11-16, spéc. p. 14. Selon l'auteur le couple parental doit s'entendre comme la « relation qui existe entre les parents vis-à-vis de leurs enfants ». Voir également P. Murat, Couple, filiation, parenté, dans *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, pp. 53-71, spéc. p. 59 et s. et H. Fulchiron, L'autorité parentale à l'épreuve du pluralisme familial, *Dr. fam.* 2000, n° 12, Etude n° 8, pp. 43-47, spéc. p. 44.

²⁰¹⁴ D. Huet-Weiller, De la puissance paternelle à la responsabilité parentale, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 405-413, spéc. p. 406.

²⁰¹⁵ En France, loi du 4 mars 2002 : I. Corpart, La vision égalitaire de la dévolution du nom de famille, *D.* 2003, chron., p. 2845 ; F.-J. Pansier et C. Charbonneau, Présentation de la loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille, *LPA*, 2002, n° 71, p. 4. En Allemagne, loi du 16 décembre 1993 ; Au Danemark, loi du 29 avril 1981 ; Autriche, Pays-Bas, loi du 10 avril 1997 ; Angleterre et Pays de Galles.

²⁰¹⁶ Espagne. Grèce, loi de 1983 : voir G. Koumantos, Evolution récente du droit de la famille en Grèce, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 155-161, spéc. p. 158.

du père²⁰¹⁷. Cette prééminence du nom paternel en cas de désaccord des parents peut également être relevée dans les droits autrichien, grec et néerlandais²⁰¹⁸. A l'instar du droit allemand, il aurait été pourtant plus égalitaire de transmettre automatiquement les deux noms faute d'accord des parents.

La Belgique, l'Italie et le Luxembourg font figure d'exception puisque l'attribution du nom du père demeure la règle lorsque la filiation a été établie simultanément à l'égard du père et de la mère²⁰¹⁹. En Belgique, de nombreuses propositions de loi²⁰²⁰ ont été déposées dans le sens d'une attribution du nom plus égalitaire sans avoir abouti à une réforme. La dimension socio-culturelle de l'égalité reposant sur l'idée que la mère donne la vie et le père donne le nom semble l'emporter sur sa dimension juridique. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge²⁰²¹ est, à cet égard, particulièrement éloquente puisqu'elle a jugé l'article 335 du Code civil belge non-discriminatoire après avoir refusé d'assimiler le droit de transmettre son nom de famille à un droit fondamental²⁰²².

560. En matière de responsabilité parentale²⁰²³, le principe d'égalité s'est traduit par la coparentalité²⁰²⁴. Cette règle, consacrée dans de nombreuses législations européennes²⁰²⁵, a

²⁰¹⁷ Art. 311-21 du Code civil français.

²⁰¹⁸ F. Granet, *Convergences et divergences des droits européens de la famille*, art. préc., spéc. p. 15.

²⁰¹⁹ Art. 335 §1 Code civil belge.

²⁰²⁰ Doc. Parl., session 2007-2008, n° 52-0881, n° 52-0327, n° 52-0274, n° 52-0047.

²⁰²¹ La Cour constitutionnelle belge est chargée de contrôler la constitutionnalité des normes ayant force de loi. Elle était dénommée « Cour d'arbitrage » avant la réforme constitutionnelle du 7 mai 2007.

²⁰²² C. arb., 6 nov. 2002, n° 161/2002, spéc. § B.7, *R.T.D. fam.* 2003, p. 71. Arrêt consultable sur : <http://www.const-court.be>

²⁰²³ Compte-tenu de la dimension européenne de l'harmonisation, la notion de responsabilité parentale retenue par le droit de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe a été préférée à celle d'autorité parentale, qui ne concerne que la France ou la Belgique. Il sera fait usage des concepts propres à chaque Etat lorsqu'ils seront visés individuellement.

²⁰²⁴ M.-T. Meulders-Klein, *Vers la co-responsabilité parentale dans la famille européenne*, *R.T.D. fam.*, 1991, pp. 5-28.

²⁰²⁵ En Suède, la loi du 1er juillet 1974 et du 1er juillet 1983. Au Danemark, la loi du 6 juin 1985. Au Royaume-Uni, Children Act de 1989. Aux Pays-Bas, loi du 6 avril 1995 sur l'autorité parentale et le droit de visite. Au Portugal, loi du 30 juin 1999. En Italie, loi du 24 janvier 2006. En France, loi du 4 juin 1970, loi du 22 juillet 1987 renforcée par les lois du 8 janvier 1993 et du 4 mars 2002 : F. Dekeuwer-Défossez et F. Vauville, *Droits de l'homme et droits de l'enfant. Commentaire de la loi Malhuret du 22 juillet 1987*, *D.* 1988, p. 7 ; G. Raymond, *De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental*, *Commentaire de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987*, *JCP. G. I.* 3299 ; J. Rubellin-Devichi, *Une importante réforme en droit de la famille : la loi 93-22 du 8 janvier 1993*, *JCP. G.* 1993, I, 3659 ; H. Fulchiron, *Une nouvelle réforme de l'autorité parentale. Commentaire de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de la loi « Malhuret »*, *D.* 1993, p. 117 ; H. Fulchiron, *L'autorité parentale, rénovée*, *Defr.* 2002, p. 959 ; F. Vauvillé, *Du principe de coparentalité*, *LPA* 2002, n° 209, pp. 4-11 ; A. Gouttenoire-Cornut, *La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002*, *Dr. fam.* 2002, chron. 24 ; C. Brière, *La coparentalité : mythe ou réalité*, *R.D.S.S.* 2002, p. 567 ; S. Thouret, *La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale ou la recherche d'une véritable coparentalité*, *Proc.* 2002, chron. 7. En Belgique, la loi du 13 avril 1995 : J.-L. Renchon, *La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale*, *RTD fam.*, 1995, pp. 361-435 ; J. Sosson, *L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité*, *Ann. Dr. Louv.*, 1996, pp. 115-162. En Allemagne, Loi du 16 décembre 1997 portant réforme du droit de

majoritairement conduit à la promotion de l'exercice conjoint de la responsabilité parentale par le père et la mère dès lors que la filiation est établie à l'égard des deux. Même si les législations européennes sont différentes en ce qui concerne la prise en compte ou non de la nature de la filiation et /ou de la situation conjugale des parents²⁰²⁶, la tendance majoritaire est celle de l'exercice en commun de la responsabilité parentale²⁰²⁷ au moyen soit d'une attribution de plein droit²⁰²⁸, soit d'un accord de volonté²⁰²⁹. L'égalité entre l'homme et la femme a ainsi pris, en la matière, la forme d'une participation égale des parents dans l'éducation de l'enfant et dans l'administration de ses biens. En Angleterre, le principe de coparentalité²⁰³⁰ se traduit par une véritable indépendance du père et de la mère dans la gestion de la personne et du patrimoine de l'enfant puisque le *Children Act* de 1989²⁰³¹ instaure une responsabilité parentale concurrente. Chacun des parents peut ainsi l'exercer sans avoir à se concerter avec l'autre parent.

2. Le rééquilibrage au profit du père

561. Le principe d'égalité des sexes doit également jouer à l'égard de l'homme particulièrement en ce qui concerne la protection de son rôle de père. La place du père dit naturel était déjà malmenée dans les anciennes législations européennes, en raison de la préférence accordée au modèle de la famille légitime, surtout lorsque la paternité résultait d'une relation adultérine²⁰³². Les anciens droits européens empêchaient, dans cette hypothèse, l'établissement de tout lien de filiation, méprisant dès lors les droits parentaux du père²⁰³³. Autrement dit, « le matriarcat imprégnait la filiation naturelle »²⁰³⁴. La fondamentalisation du

l'enfant : F. Furkel, *Le nouveau droit de l'enfance en République fédérale d'Allemagne*, *R.T.D. civ.* 1998, pp. 804-820.

²⁰²⁶ F. Granet, *L'exercice de l'autorité parentale dans les législations européennes*, Rapport pour le Haut conseil de la population et de la famille, oct. 2002, Consultable sur :

<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000551/0000.pdf>

²⁰²⁷ J. Massip, *L'évolution récente du droit de la famille dans douze pays européens*, *Defr.* 1994, art. 35947, p. 1489 et s., spéc. p. 1497.

²⁰²⁸ Italie, Espagne, France, Belgique et Pays-Bas.

²⁰²⁹ Danemark, Suède, Allemagne, Portugal, Luxembourg, Grèce et Royaume-Uni.

²⁰³⁰ Le principe de coparentalité a été institué au sein des familles légitimes par le *Guardianship of Minors Act* de 1973.

²⁰³¹ J. Flauss-Diem, *Le Children Act 1989 ou le passage des droits parentaux à la responsabilité parentale en droit anglais*, dans R. Ganghofer, *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, PUF, 1992, pp. 405-430.

²⁰³² M. Pédamon, *La loi allemande du 19 août 1969 sur la condition juridique de l'enfant illégitime : Modèle pour une réforme du droit français ?*, *D.* 1970, chron. XXXIII, pp. 153-158spéc. p. 153.

²⁰³³ Voir *Le statut juridique de l'enfant naturel*, Travaux de la 1^{re} journée d'études juridiques Jean Dabin, vol. I, Bruylant, 1965.

²⁰³⁴ F. Granet, *Convergences et divergences des droits européens de la famille*, *art. préc.*, spéc. p. 15. Voir L. Leveneur, *Renforcer l'autorité parentale et promouvoir les droits de l'enfant ?*, dans F. Dekeuwer-Défossez et C.

droit de la famille promouvant l'égalité, mais aussi la liberté sexuelle et la liberté de ne pas se marier a favorisé la reconnaissance juridique des familles naturelles et corrélativement celle de la paternité naturelle²⁰³⁵. Les législations européennes ont dès lors permis l'établissement de la filiation paternelle naturelle et, subsidiairement attribué l'exercice de la responsabilité parentale. Si certains Etats ont accordé au père naturel un statut juridique comparable à celui de la mère naturelle, les autres ont institué une véritable hiérarchie parentale en faveur de la mère.

562. En France, en Autriche, au Portugal et au Luxembourg, le père d'un enfant né hors mariage a la faculté discrétionnaire d'établir son lien de filiation par le biais de la reconnaissance. Une fois la filiation paternelle établie, il exerce de plein droit la responsabilité parentale sur son enfant²⁰³⁶. Dans d'autres Etats membres de l'Union européenne²⁰³⁷, le père naturel peut reconnaître l'enfant né hors mariage, mais ce droit est soumis au consentement de la mère²⁰³⁸. La plupart de ces pays subordonnent une nouvelle fois à l'accord de la mère naturelle l'exercice en commun de la responsabilité parentale. Il y a ainsi une véritable hiérarchie parentale entre la mère et le père naturel puisque la reconnaissance juridique du rôle parental du père naturel demeure soumise, dans un premier temps, à la discrétion de la mère et le refus de celle-ci ne peut être contourné que par le détour d'une procédure judiciaire.

Ce monopole maternel s'explique par l'attachement du législateur à la vérité biologique. Parce que la mère est censée connaître le véritable père de l'enfant, elle dispose de la faculté d'empêcher l'établissement d'un lien de filiation paternel non conforme à la vérité biologique. Cet argument ne saurait justifier l'infériorité du statut juridique du père naturel par rapport à celui de la mère naturelle puisque le droit français de la filiation repose

Choain (Eds), *L'autorité parentale en question*, Presses universitaires du Septentrion, 2003, pp. 43-66, spéc. p. 53.

²⁰³⁵ F. Granet, Les droits des pères dans les législations européennes à la fin du XXe siècle, dans J. Délumeau et D. Roche (dir.), *Histoire des pères et de la paternité*, Larousse, 2000, 2^e Ed., pp. 439-462, spéc. p. 453.

²⁰³⁶ A l'exception en France, de l'hypothèse où la filiation paternelle est établie plus d'un an après la naissance de l'enfant puisque dans cette situation la coparentalité est soumise à une déclaration conjointe des pères et mères devant le greffier en chef du TGI, ou à défaut d'entente des parents par décision du JAF (art. 372 al. 2 et 3 du Code civil).

²⁰³⁷ Grèce, Royaume-Uni, Belgique, Espagne, Hongrie, Pays-Bas (loi du 24 décembre 1997), Italie et Allemagne (loi du 1^{er} juillet 1998). Voir F. Kernaleguen, Le droit à l'établissement et au maintien du lien de filiation dans l'espace européen, dans D. Gadbin et F. Kernaleguen, *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruylant, 2004, pp. 101-117, spéc. p. 113. Voir également E. Wenner, La réforme du droit de la filiation en Allemagne, *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1997, t. XLV, pp. 109- 124.

²⁰³⁸ F. Granet-Lambrechts, Panorama européen de droit de la filiation, *Dr. fam.* 2007, étude n° 30, pp. 7-12, spéc. p. 11; voir également du même auteur, Le père au regard du droit, *Le Nouvel Observateur*, n° hors-série, La paternité négociée, janv. 2003, p. 47 ; Convergences et divergences des droits européens de la famille, *art. préc.*, spéc. p. 14.

également, en principe, sur la vérité biologique et permet le rétablissement de cette vérité par une action en contestation de paternité. Ainsi, le contrôle *a posteriori* de la vérité biologique de la filiation paternelle naturelle, tel qu'il existe en France, semble plus conforme à l'idée d'égalité des père et mères en ce qui concerne l'établissement de la filiation. Cette survivance du matriarcat est d'autant plus contestable que la Cour EDH a jugé discriminatoire la législation allemande soumettant à l'accord de la mère l'exercice de l'autorité parentale par le père naturel²⁰³⁹.

563. Le système français connaît, néanmoins, une source d'inégalité entre la mère et le père : celle de la liberté d'établir ou non un lien de filiation avec l'enfant. L'accouchement sous X est à l'origine de cette inégalité. Parce que l'établissement de la filiation paternelle est incompatible avec le maintien du secret de l'identité de la mère, l'accouchement sous X est un obstacle de fait à l'établissement de la filiation du père, lorsque ce dernier n'a pas procédé à une reconnaissance anticipée²⁰⁴⁰. Si le père dispose de moyens juridiques en vue de faire établir sa paternité, en fait l'exercice de ce droit sera compromis en raison des difficultés que rencontrera le père dans l'identification de l'enfant né sous X. Cet obstacle repose sur la seule volonté de la mère de ne pas assumer sa maternité. L'accouchement sous X place ainsi le père dans une position d'infériorité²⁰⁴¹ par rapport à la mère puisque le droit de la femme à son épanouissement personnel²⁰⁴² prévaut sur le droit du père à l'exercice effectif de son rôle paternel. Cette inégalité est d'autant plus contestable qu'elle repose sur la volonté discrétionnaire de la mère. Il s'agit donc là d'un nouvel argument contre la légitimité de ce système, méprisant non seulement les droits de l'enfant à la connaissance de ses origines, mais aussi les droits parentaux du père de l'enfant.

²⁰³⁹ Cour EDH, arrêt *Zaunegger c/ Allemagne*, 3 déc. 2009 : A. Gouttenoire, La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Dr. fam.* 2011, n° 4, Etude n° 10, spéc. p. 14. Voir également Cour EDH, arrêt *Sporer c/ Autriche*, 3 févr. 2011 : *Dr. fam.* 2011, alerte 30.

²⁰⁴⁰ Cass. 1^{re} civ., 7 avr. 2006, Bull. I, n° 195, p. 171; *D.* 2006, p. 2293, note E. Poisson-Drocourt ; *Dr. fam.* 2006, comm. n° 124, note P. Murat ; *AJ fam.* 2006, p. 249, note F. Chénéde; *Defr.* 2006, p. 1127, note J. Massip; *R.J.P.F.*, 2006, 6/38, note M.-C. Le Boursicot; *JCP.G.*2006.I.199, n° 1, obs. J. Rubellin-Devichi; *R.T.D. civ.* 2006, p. 292, obs. J. Hauser; *R.D.S.S.*,2006, p. 576, obs. C. Neirinck ; *G.P.* 3 sept. 2006, p. 20, F. Guittet. *Adde* P. Salvage-Gerest, Un autre regard sur l'affaire "Benjamin", *D.* 2007, p. 879 ; J. Revel, Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père, *D.* 2006, chron., p. 1707.

²⁰⁴¹ Sur la vision matriarcale du droit de l'accouchement sous X, voir A.-M. Leroyer, Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, chron. n° 4, *R.T.D. civ.* 2005, pp. 836-843, spéc. p.841-842.

²⁰⁴² Voir arrêt *Odièvre c/ France*, Cour EDH, 13 févr. 2003 : *JCP. G.* 2003. II. 10049, note F. Sudre et A. Gouttenoire-Cornut ; *Dr. fam.* 2003, comm. n° 58, note P. Murat ; *R.T.D. civ.* 2003, p. 375, obs. J.-P. Marguénaud. *Adde* B. Mallet-Bricout, Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme, *D.* 2003, p. 1240 ; F. Monéger, L'accouchement sous X devant la Cour européenne des droits de l'homme, L'affaire *Odièvre c/ France*, *R.D.S.S.* 2003, p. 219 ; V. Bonnet, L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Odièvre c/ France* du 13 février 2003), *R.T.D.H.* 2004, p. 405.

En outre, le secret de l'identité de la mère est assuré juridiquement par le moyen du droit à l'accouchement sous X alors que la loi n'offre plus aucun moyen juridique semblable au père²⁰⁴³. Il convient en effet de relever que la loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État a supprimé le droit du père de demander le secret de l'abandon²⁰⁴⁴. La mère est donc davantage protégée que le père en la matière. Conscient de ce déséquilibre dans les droits des père et mère, le législateur est intervenu en vue de réduire la « protection excessive »²⁰⁴⁵ de la mère en abrogeant²⁰⁴⁶ la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité, qui était initialement attachée à l'accouchement sous X.

564. On assiste également à une « précarisation »²⁰⁴⁷ de la paternité lorsque les parents de l'enfant sont séparés. Même si les législations européennes favorisent et encouragent, dans ce cas de figure, l'exercice conjoint de la responsabilité parentale, celui-ci est rarement effectif en pratique. Les juges nationaux fixent, en effet majoritairement la résidence de l'enfant chez la mère²⁰⁴⁸. Or, « un tel choix et une telle pratique entraînent, dans la majorité des situations observées, un relâchement, voire une disparition des relations entre le père et l'enfant », c'est-à-dire « une marginalisation du père par rapport à l'enfant »²⁰⁴⁹. Pour rendre effective l'égalité juridique entre le père et la mère séparés, certaines législations européennes ont assuré « la valorisation des modalités d'hébergement de type égalitaire »²⁰⁵⁰ en introduisant la résidence alternée dans leur ordre juridique.

²⁰⁴³ J. Hauser, La réforme de la filiation et les principes fondamentaux, *Dr. fam.* 2006, n° 1, Etude n° 1.

²⁰⁴⁴ La loi du 22 janvier 2002 a modifié l'article L 225-4 du Code de l'action sociale et des familles prévoyant la remise de l'enfant à l'Aide sociale par les parents, avec demande de secret, lorsque l'enfant avait moins de un an. Voir P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, op. cit., n° 139.

²⁰⁴⁵ V. Bonnet, *Droit de la famille*, Paradigme, 2011, 3^e Ed., spéc. n° 98.

²⁰⁴⁶ Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-769 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation.

²⁰⁴⁷ C. Bernard, *La paternité en droit français*, La Mouette, 2002, spéc. p. 360 et s.

²⁰⁴⁸ Voir pour la France, rapport n° 71 (2001-2002) de M. Laurent Bêteille, fait au nom de la commission des lois, déposé le 14 novembre 2001, sur la proposition de loi n° 3074 relative à l'autorité parentale et le rapport Dekeuwer-Défossez, p.82. Voir également H. Fulchiron et A. Gouttenoire-Cornut, Réformes législatives et permanence des pratiques : à propos de la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale par la loi du 8 janvier 1993, *D.* 1997, pp. 363-369. Voir pour la Belgique, Projet de loi tendant à privilégier l'hébergement égalitaire et règlementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, 17 mars 2005, Doc. 51-1678/001, ch. repr., session 2004-2005.

²⁰⁴⁹ G. Champenois, La paternité, dans *1804-2004. Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, pp. 359-380, spéc. p. 375 ; voir également C. Castelain-Meunier, *La paternité*, Que sais-je ?, 1997, spéc. p. 51 et s.

²⁰⁵⁰ G. Willems, Evolution contemporaine du droit de la famille en Europe, dans J. Besson et M. Galtier, *Mes papas, mes mamans, et moi ? La place de l'enfant dans les nouvelles parentalités*, Érès, 2007, pp. 71-89, spéc. p. 80.

Par exemple, le législateur belge, soucieux de ne plus faire du père « un parent au rabais »²⁰⁵¹, a adopté le 18 juillet 2006 la loi tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et règlementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant²⁰⁵². Cette loi ayant pour principal objectif d'établir une véritable égalité entre les parents²⁰⁵³ entend lutter contre le modèle classique fondé sur l'idée traditionnelle selon laquelle « la mère peut mieux s'occuper de l'enfant »²⁰⁵⁴. Elle vise en outre à répondre aux revendications des pères, qui souhaitent être davantage investis dans l'éducation de leurs enfants. En Espagne, la loi n° 15/2005, réformant le divorce, a admis la garde partagée après divorce sur accord commun des parents et, à défaut, sur décision judiciaire après avis favorable du Ministère Public²⁰⁵⁵. En France, c'est la loi du 4 mars 2002 qui a introduit la résidence alternée afin de permettre un rééquilibrage des droits des parents dans l'éducation de leurs enfants²⁰⁵⁶, c'est-à-dire afin de lutter contre la « monoparentalité maternelle »²⁰⁵⁷ de fait.

§2. La privatisation des relations de couple

565. Le droit de la famille a longtemps été dominé par le caractère impératif de ses règles. La famille étant considérée comme le soubassement de l'ordre social, les relations familiales demeuraient soumises au respect d'un ordre public directif. L'exaltation des libertés individuelles par la fondamentalisation du droit de la famille a favorisé la percée de l'autonomie de la volonté dans l'organisation des relations familiales. En responsabilisant les

²⁰⁵¹ Projet de loi tendant à privilégier l'hébergement égalitaire et règlementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, 17 mars 2005, Doc. 51-1678/001, ch. repr., session 2004-2005, spéc. p. 6.

²⁰⁵² M.B. du 4 sept. 2006, p. 43 971. Voir G. Hiernaux, La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire et règlementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, *R.T.D. fam.* 2007, pp. 9-60 ; N. Dandoy et F. Reusens, L'hébergement égalitaire, *J.T.* 2007, n° 6259, pp. 177-189.

²⁰⁵³ Résumé du Projet de loi tendant à privilégier l'hébergement égalitaire et règlementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, 17 mars 2005, Doc. 51-1678/001, ch. repr., session 2004-2005, spéc. p. 3.

²⁰⁵⁴ Rapport fait au nom de la sous-commission droit de la famille, par V. Déom, projet de loi tendant à privilégier l'hébergement égalitaire et règlementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, Doc. 51-1673/014, Ch. repr., session 2004-2005, spéc. p. 11 et 15.

²⁰⁵⁵ S. Sanz Caballero, Le droit de la famille en Espagne et son évolution récente, dans P. Boucaud (dir.), *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, Bruylant, 2009, pp. 105-123, spéc. p. 117. Voir également C. Fernandez y Miravalles, *Présentation du droit de la famille espagnol*, dans Evolution du droit de la famille en Europe, Colloques du Bureau d'Aix en Provence, 23 févr. 2007, Consultable sur : <http://www.abogados-avocats.com/default/doc/droit-famille.pdf>

²⁰⁵⁶ C. Lienhard, *Les nouveaux droits du père après la loi du 4 mars 2002 réformant l'autorité parentale*, Delmas, 2002, spéc. p. 36. Pour l'auteur il s'agit là d'une véritable « démocratie parentale ».

²⁰⁵⁷ Formule empruntée à F. Boulanger, Modernisation ou utopie ? La réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002, *D.* 2002, chron., pp. 1571-1577, spéc. p. 1573.

individus, le droit de la famille devient dès lors moins contraignant et vise plutôt la protection de chacun des membres de la famille. Ainsi, la privatisation des relations de couple se traduit par la promotion du rôle de la volonté (A) et l'affaiblissement corrélatif de l'ordre public familial de direction (B).

A. La promotion de la volonté

566. La promotion de l'autonomie de la volonté comme instrument privilégié de régulation des relations de couple se caractérise par la faveur faite aux arrangements conventionnels, ce que certains auteurs dénomment la « contractualisation »²⁰⁵⁸ du droit de la famille, mais aussi par l'importance accordée à la manifestation unilatérale de volonté tant pendant la vie du couple (1) que lors de sa rupture²⁰⁵⁹ (2).

1. La promotion de la volonté pendant la vie du couple

567. En Europe, les époux sont libres de conclure ou non un contrat de mariage destiné à régir leurs relations patrimoniales. En revanche, ils ne disposent d'aucune liberté en matière d'effets personnels du mariage puisqu'ils demeurent soumis au régime primaire impératif. Si les conjoints choisissent de rédiger un contrat de mariage, ils sont libres de choisir entre les divers types de régimes matrimoniaux prévus par le droit interne, qu'il soit communautaire ou séparatiste, ou toute autre création conventionnelle néanmoins soumise au respect de l'ordre public. S'ils disposent d'une liberté assez importante en ce qui concerne le fond du contrat de mariage, leur liberté est moins grande en termes de forme puisque, le plus souvent, le contrat de mariage doit être établi par acte notarié²⁰⁶⁰.

En droit français, les régimes matrimoniaux ont longtemps été soumis au principe de l'immutabilité. Les régimes matrimoniaux ne pouvaient donc pas subir de modifications après la célébration du mariage. Sous l'influence des modèles étrangers européens²⁰⁶¹, le législateur français a laissé davantage de place à l'autonomie de la volonté en permettant, dans un premier temps le changement judiciaire du régime matrimonial²⁰⁶², et en supprimant²⁰⁶³, dans

²⁰⁵⁸ C. Dudit, *La contractualisation du droit de la famille*, thèse, Nantes, 2009. Voir également D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommière (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001 ; X. Labbé, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Presses Universitaires du Septentrion, 1996 ; F. Terré, Contractualiser le droit du couple, *LPA*, 20 déc. 2007, n° 254, p. 8.

²⁰⁵⁹ Distinction opérée par F.-J. Pansier, *De la contractualisation du droit de la famille en général et du mariage en particulier*, Consultable sur : <http://www.fjpansier.com/Repdroit/5/contractualisation.htm>

²⁰⁶⁰ France (art. 1394 CC) ; Allemagne (§ 1410 BGB) ; Belgique (art. 1392 CC).

²⁰⁶¹ Autriche, Danemark, Ecosse, Finlande, Norvège, Pays-Bas, Allemagne, Suisse et Suède. Voir F. Terré et P. Simler, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 2011, 6^e Ed., spéc. n° 231.

²⁰⁶² Loi du 13 juillet 1965.

un second temps, le contrôle judiciaire de la modification du régime matrimonial lorsque les enfants ne sont plus mineurs²⁰⁶⁴.

568. La création de nouvelles formes de couple dans les législations européennes contribue également à la contractualisation du droit des couples puisque dans la majorité des cas le régime juridique applicable permet aux partenaires enregistrés d'organiser leur vie commune par le biais de conventions. Le PACS français en est un exemple topique. Conformément à l'article 515-1 du Code civil, le pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune. Si initialement le législateur a semblé laisser une grande place à l'autonomie de la volonté en ne formulant dans la loi de 1999 que peu d'exigences relativement au contenu du PACS, l'interprétation du texte par la Conseil constitutionnel²⁰⁶⁵ et une réforme entreprise²⁰⁶⁶ postérieurement sont venus restreindre cette part de liberté en institutionnalisant partiellement le contenu du PACS²⁰⁶⁷, c'est-à-dire en déterminant un certain nombre d'effets personnels²⁰⁶⁸.

Le même constat s'impose en droit belge, celui-ci ayant établi le statut de la cohabitation légale par la loi du 23 novembre 1998. Les cohabitants légaux sont soumis à un régime primaire impératif ayant trait aux devoirs réciproques de secours, de cohabitation et d'assistance mutuelle et à l'obligation de contribution aux dépenses ménagères²⁰⁶⁹. Si l'article 1478 alinéa 4 du Code civil belge leur permet de conclure des conventions en vue de préciser leurs engagements sur le plan personnel, parental et patrimonial c'est sous réserve d'être conformes au régime primaire, à l'ordre public et aux bonnes mœurs²⁰⁷⁰.

²⁰⁶³ Loi du 23 juin 2006, modifiant l'article 1397 CC. J.-J. Lemouland, L'émergence d'un droit commun des couples, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp. 33-46, spéc. p. 38 ; E. Jeamin-Petit, La libéralisation du changement de régime matrimonial, *JCP. G.* 2007. I. 108 ; J. Revel, Le changement de régime matrimonial : quelle déjudiciarisation ?, *D.* 2006, p. 2591.

²⁰⁶⁴ Le contrôle judiciaire est maintenu lorsque les enfants sont mineurs ou lorsqu'un tiers fait opposition.

²⁰⁶⁵ DC n° 99-419 du 9 novembre, J.O. 16 novembre 1999, p. 1692. N. Molféssis, Pacte civil de solidarité, La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel, *JCP. G.* 2000. I. 210.

²⁰⁶⁶ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, J.O. 24 juin 2006, p. 9513. Sur les décrets d'application : D. n° 2006-1806 et n° 2006-1807, 23 décembre 2006, J.O. 31 décembre 2006, p. 20375 et 20377 : *Dr. fam.* 2007, comm. n° 31, note S. de Benalcazar.

²⁰⁶⁷ Sur le détail des modifications apportées au régime juridique du PACS, voir *infra*, n° 618 et s.

²⁰⁶⁸ S. de Benalcazar, Eloge de la raison juridique, ou la remontée des enfers, *Dr. fam.* 2007, étude n° 2.

²⁰⁶⁹ F. Granet-Lambrechts, Le mariage et les formes concurrentes de vie en couple en Europe, *R.D.C.* 2003, Tome 53/1, pp. 107-133, spéc. p. 126 et 127.

²⁰⁷⁰ J.-L. Renchon, La loi belge du 23 novembre 1998 relative à la « cohabitation légale », dans *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Actes du colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé de l'Université de Lille II, 4 et 5 mai 2000, L.G.D.J., 2002, pp. 141-166, spéc. p. 154 et s.

2. La promotion de la volonté lors de la rupture du couple

569. Les législations européennes contemporaines attribuent un rôle croissant à la volonté dans la gestion de la rupture du couple. L'autonomie de la volonté ne pénètre pas seulement le principe même de la rupture (a), elle touche également les effets de la rupture (b).

a. L'autonomie de la volonté et le principe de la rupture

570. La volonté des législateurs européens de répondre aux aspirations individuelles au bonheur a abouti à la « libéralisation croissante de l'accès au divorce »²⁰⁷¹. L'objectivation²⁰⁷² du divorce est une caractéristique commune à toutes les réformes des droits nationaux de la famille²⁰⁷³. Ce phénomène se traduit par la faveur faite au divorce-faillite²⁰⁷⁴ ou divorce-remède²⁰⁷⁵. La tendance contemporaine dans les droits internes de la famille est au déclin du divorce-sanction. Les législateurs nationaux accordent en effet davantage d'importance à la volonté des époux²⁰⁷⁶ par la valorisation, notamment, du divorce par consentement mutuel²⁰⁷⁷.

571. En droit français, le Garde des sceaux précisait, lors de l'exposé des motifs de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, que le texte avait « pour ambition de mieux reconnaître au sein de la sphère privée, l'aspiration des citoyens à plus de volonté et de liberté et d'affirmer les références essentielles qui constituent le socle de notre société, au rang desquelles la valeur de l'engagement et la responsabilité ». Le droit du divorce français, même s'il a

²⁰⁷¹ M.-T. Meulders-Klein, La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale, *RIDC*. 1989, pp. 7-58, spéc. p. 8.

²⁰⁷² H. Fulchiron, Les métamorphoses des cas de divorce, *Defr.* 2004, doct., art. n° 37999, pp. 1103-1123, spéc. p. 1118. Voir également, B. Jung, Le divorce remède ou la place faite au divorce objectif dans le nouveau droit du divorce en France et en République Fédérale d'Allemagne, *JCP. G.* 1979. I. 2940.

²⁰⁷³ F. Boulanger, *Droit civil de la famille, Aspects comparatifs et internationaux*, t. II, Economica, 1994, spéc. p. 380 et s.

²⁰⁷⁴ M.-T. Meulders-Klein, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en occident. 1968-1998*, L.G.D.J., 1999, spéc. p. 58. G. Willems, Evolution contemporaine du droit de la famille en Europe, dans J. Besson et M. Galtier, *Mes papas, mes mamans, et moi ? La place de l'enfant dans les nouvelles parentalités*, Érès, 2007, pp. 71-89, spéc. p. 76.

²⁰⁷⁵ Voir typologie de V. Bonnet, *Droit de la famille*, op. cit., spéc. n° 492. Le divorce-faillite repose sur le constat de l'échec du mariage. Tandis que le divorce-résiliation repose sur la volonté pure et simple des deux époux ou de l'un d'eux.

²⁰⁷⁶ C. Dudit, *La contractualisation du droit de la famille*, op. cit., spéc. p. 62. Selon l'auteur, « Dans un droit qui fait du mariage un acte avant tout individuel, au service de l'épanouissement personnel des époux, le divorce est considéré comme un mal nécessaire, qu'il faut faciliter pour éviter le maintien d'un mariage artificiel. Les causes de divorce sont élargies et la volonté aura une emprise considérable sur le processus de dissolution ».

²⁰⁷⁷ En Grèce, loi de 1983 : G. Koumantos, Evolution récente du droit de la famille en Grèce, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 155-161, spéc. p. 158. Aux Pays-Bas, loi de 1971 : E. Brongersma, La nouvelle loi sur le divorce aux Pays-Bas, *R.I.D.C.* 1975, pp. 395-402. En Italie, loi du 6 mars 1987 : V. Librando, Le divorce en droit italien, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 625-631, spéc. p. 625 et 631.

maintenu quatre cas de divorce²⁰⁷⁸, privilégie le divorce par consentement mutuel et le divorce accepté²⁰⁷⁹. La loi favorise la conciliation des époux, même dans le cadre des procédures contentieuses. L'indication du fondement juridique du divorce est reportée au moment de l'assignation, après l'échec de la tentative de conciliation. Ce dispositif valorise la phase de conciliation et l'orientation des époux vers un divorce d'accord²⁰⁸⁰. En outre, la multiplication des passerelles vers le divorce par consentement mutuel ou vers le divorce accepté, à tout moment de la procédure contentieuse, témoigne de la faveur faite aux divorces consensuels.

572. Dans d'autres Etats, les procédures de divorce sont facilitées à un point tel que la seule volonté des époux de divorcer peut désormais suffire à prononcer le divorce. La preuve d'une faute ou d'une certaine durée de séparation de vie n'est plus systématiquement exigée. En Espagne la loi du 8 juillet 2005²⁰⁸¹ a réformé la procédure judiciaire de la séparation de corps et du divorce en vue de l'accélérer, d'où l'appellation de « loi du divorce exprès »²⁰⁸². Depuis l'institution du divorce en 1981²⁰⁸³, le prononcé du divorce était soumis à un certain nombre de conditions qui ralentissaient d'autant la procédure. En effet, les époux souhaitant divorcer devaient dans un premier temps se séparer pendant un an. Cette séparation ne pouvait intervenir qu'un an après la célébration du mariage. Une fois la période de séparation passée, les époux devaient rapporter la preuve d'une cause de divorce admise par le Code civil espagnol telle l'infidélité de l'autre, la violation répétée des devoirs familiaux ou le manque de coexistence. Il s'agissait donc d'un divorce-sanction.

La loi de 2005 a facilité le divorce puisqu'il peut désormais être demandé après trois mois de mariage et n'est plus soumis à une période préalable de séparation ni même à la démonstration d'une quelconque cause de divorce. Seule la volonté d'au moins un des époux de divorcer suffit à justifier le divorce. Le divorce-résiliation a ainsi remplacé le divorce-

²⁰⁷⁸ Art. 229 Code civil : Divorce pour faute, divorce pour altération définitive du lien conjugal, divorce par consentement mutuel et divorce accepté.

²⁰⁷⁹ J.-J. Lemouland, La loi du 26 mai 2004 relative au divorce, *D.* 2004, chron., pp. 1825-1837, spéc. p. 1826.

²⁰⁸⁰ Rapport n° 3299 de M. François Colcombet, député.

²⁰⁸¹ Loi n° 15/2005 du 8 juillet 2005 de modification du Code civil et de la loi de procédure judiciaire civile en matière de séparation et divorce.

²⁰⁸² S. Sanz Caballero, Le droit de la famille en Espagne et son évolution récente, dans P. Boucaud (dir.), *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, Bruylant, 2009, pp. 105-123, spéc. p. 105.

²⁰⁸³ Loi 30/81 du 7 juillet sur le mariage dans le Code civil et la détermination de la procédure à suivre dans les causes de nullité, séparation et divorce.

sanction²⁰⁸⁴. L'exposé des motifs est particulièrement évocateur. On peut en effet y lire que « le respect du libre développement de la personnalité, garanti par l'article 10.1 de la Constitution, justifie la reconnaissance d'une plus grande importance à la volonté de la personne lorsque celle-ci ne souhaite plus poursuivre le lien matrimonial. Ainsi le droit au divorce ne peut pas dépendre de la preuve de l'existence d'une cause, puisque la cause déterminante n'est autre que la volonté exprimée dans la requête»²⁰⁸⁵.

573. La Suède soumet également, depuis 1973, le prononcé du divorce à la simple volonté de l'un ou des deux époux d'obtenir le divorce sans exiger tout autre élément de preuve²⁰⁸⁶. Le juge suédois n'a donc aucune cause de divorce à vérifier. Aussi peut-on dire que dans ces deux Etats, le divorce est un « droit inconditionnel »²⁰⁸⁷ de chacun des époux.

574. Dans d'autres Etats²⁰⁸⁸, le degré d'autonomie des époux pour rompre leur union est moindre puisque le prononcé du divorce reste soumis à la démonstration de l'échec irrémédiable du mariage²⁰⁸⁹. Néanmoins, les réformes récentes tendent à faciliter le divorce par le moyen de présomptions d'échec ou de la réduction du délai de séparation exigé. L'échec est le plus souvent présumé par la commune volonté des époux de divorcer, la preuve d'une certaine durée de séparation ou la preuve d'une faute conjugale de l'un des époux.

En Allemagne, les principes constitutionnels relatifs au droit au libre épanouissement de sa personnalité et de l'égalité ont joué un rôle déterminant sur l'évolution du droit du divorce²⁰⁹⁰. Depuis les réformes de 1938 et 1946, le droit allemand connaissait deux cas de

²⁰⁸⁴ S. Sanz Caballero, Le droit de la famille en Espagne et son évolution récente, dans P. Boucaud (dir.), *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, Bruylant, 2009, pp. 105-123, spéc. p. 116.

²⁰⁸⁵ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, BOE núm. 163 de 9 de julio de 2005, p. 24458, Exposición de motivos : « Se estima que el respecto al libre desarrollo de la personalidad garantizado por el art. 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desca seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud ».

²⁰⁸⁶ M.-T. Meulders-Klein, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en occident. 1968-1998*, L.G.D.J., 1999, spéc. p. 63.

²⁰⁸⁷ P. Lodrup, Les expériences dans les pays nordiques, en particulier en Norvège, dans *La révisions du droit du divorce : expériences étrangères*, Colloque organisé par l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne, 12 octobre 1987, Schulthess Polygraphischer, 1988, p. 59 et s., spéc. p. 62.

²⁰⁸⁸ F. Granet, L'accès au divorce : droit comparé, *AJ fam.* 2003, p. 225.

²⁰⁸⁹ Family law Act of 1996 en Grande-Bretagne. Voir F. Granet, Convergences et divergences des droits européens de la famille, *art. préc.*, spéc. p. 8.

²⁰⁹⁰ F. Furkel, L'évolution du droit de la famille en République Fédérale d'Allemagne, dans P. Boucaud (dir.), *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, Bruylant, 2009, pp. 85-103, spéc. p. 87.

divorce : le divorce pour faute et le divorce pour causes objectives, c'est-à-dire pour maladie grave ou pour absence de demeure commune depuis trois ans. Le droit du divorce a ensuite été réformé en 1976²⁰⁹¹ et ne prévoit plus qu'une seule cause de divorce : l'échec de l'union conjugale. Aux termes du § 1565, al. 1 du BGB, « le divorce peut être prononcé lorsque le mariage a échoué. Le mariage a échoué lorsque la communauté de vie des époux a pris fin et qu'on ne peut s'attendre à ce que les époux la rétablissent ». Le § 1566 du BGB prévoit, en outre, deux présomptions d'échec du mariage lorsque les époux vivent séparés depuis un an et qu'il y a consentement mutuel au divorce ou lorsque les époux vivent séparément depuis trois ans. Ces textes consacrent ainsi le divorce-faillite.

575. Le même constat s'impose en Belgique, où le divorce a été réformé par une loi du 27 avril 2007²⁰⁹². Avant l'entrée en vigueur de cette réforme, le droit belge connaissait deux cas de divorce : le divorce par consentement mutuel et le divorce pour cause déterminée, lequel comprenait le divorce pour faute et le divorce pour séparation de fait de deux ans²⁰⁹³. La loi de 2007 a retenu une seule cause de divorce, la désunion irrémédiable²⁰⁹⁴ et introduit la notion de divorce sans faute en consacrant le divorce-faillite²⁰⁹⁵. Cette seule cause de divorce peut néanmoins être soumise à deux procédures différentes : l'une gracieuse reposant sur le consentement mutuel, c'est-à-dire soumise à l'accord des deux époux sur le principe du divorce et les effets et l'autre contentieuse, c'est-à-dire intervenant à défaut d'accord des deux époux sur le principe du divorce ou sur les effets. Lorsqu'il y a consentement mutuel, le prononcé du divorce est facilité puisqu'il est soumis à la preuve d'une séparation de fait de six mois au moment de la saisine du juge ou, à défaut, à une seconde comparution trois mois après la première. La loi de 2007 procède également à une accélération de la procédure contentieuse puisque le caractère irrémédiable de la désunion est présumé du fait de la preuve soit d'une faute de l'un des époux, soit de l'existence d'une séparation de fait de un an ou bien également par l'écoulement d'un délai procédural de un an, lorsque les époux ne s'entendent pas sur le principe du divorce. Si les époux s'accordent sur le divorce, mais pas sur ses effets,

²⁰⁹¹ Loi du 14 juin 1976 portant réforme du mariage et du Droit de la famille, *BGBI.* 1976, I, 1421 et s.

²⁰⁹² M.B. du 7 juin 2007, p. 30 881.

²⁰⁹³ J.-L. Renchon et J. Sosson, *Droit des personnes, de la famille et des régimes matrimoniaux, syllabus III, Le mariage et le divorce*, 2010-2011, consultable sur :

<http://bac3droit20102011.unblog.fr/files/2011/03/sltiimariagedivorce.pdf>

²⁰⁹⁴ Article 229 du Code civil belge.

²⁰⁹⁵ Voir le projet de loi réformant le divorce, Doc. Ch. repr. 51-2341/001, session 2005-2006. Voir également J.-C. Brouwers, *La nouvelle loi sur le divorce*, Kluwer, 2007 ; J.-L. Renchon, Le nouveau divorce pour cause de désunion irrémédiable, dans Y.H. Leleu et D. Pire (Eds), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Larcier, 2007, pp. 11-30, et du même auteur, La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : le droit au divorce, *R.T.D. fam.* 2007, pp. 925-1064.

le délai de séparation de fait est réduit à 6 mois et l'écoulement du délai procédural à trois mois.

576. Le droit maltais confirme cette tendance. Malte est le dernier Etat membre de l'Union européenne à avoir légalisé le divorce par une loi adoptée le 25 juillet 2011²⁰⁹⁶. Le texte ne fait aucune allusion à la notion de faute. Il établit une seule cause objective de divorce : l'échec du mariage fondé sur la séparation des époux d'une durée minimum de quatre ans.

577. La volonté joue un rôle privilégié dans la rupture des partenariats enregistrés puisqu'il peut y être mis fin par le consentement mutuel des deux partenaires ou par la volonté unilatérale de l'un des partenaires sans exigence d'un quelconque motif ou d'une quelconque condition. Cette règle est partagée par l'ensemble des États européens ayant adopté le système du partenariat-conventionnel ainsi que par le Danemark. En revanche, les autres pays ayant établi un partenariat-institutionnel soumettent sa rupture à une intervention judiciaire et à des conditions semblables à leur droit du divorce²⁰⁹⁷.

b. L'autonomie de la volonté et les effets de la rupture

578. Les accords de volonté sont également admis, voire encourager en ce qui concerne le règlement des effets personnels et patrimoniaux du divorce. En France, le divorce par consentement mutuel repose non seulement sur l'accord des époux, mais suppose encore la rédaction par ceux-ci d'une convention réglant toutes les conséquences du divorce²⁰⁹⁸. Cette solution qui n'existait antérieurement que pour les seuls époux divorçant sur requête conjointe a été étendue à tous les cas de divorce²⁰⁹⁹. Il subsiste néanmoins une différence puisqu'en matière de procédure gracieuse un tel accord est obligatoire tandis que dans le cadre des procédures contentieuses, il ne s'agit que d'une faculté ouverte aux époux. Les conjoints peuvent ainsi, dans chaque procédure, s'entendre et fixer la résidence de l'enfant dans la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et conviennent de l'exécution des obligations alimentaires²¹⁰⁰.

²⁰⁹⁶ Loi XIV de 2011, consultable sur <http://www.parlament.mt/divorcereferendum>

²⁰⁹⁷ F. Granet-Lambrechts, *Le mariage et les formes concurrentes de vie en couple en Europe*, *art. préc.*, spéc. p. 114.

²⁰⁹⁸ Art. 230 Code civil français.

²⁰⁹⁹ M. Giacomelli-Mori, *L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés*, *R.T.D. civ.* 2001, pp. 504-528, spéc. p. 521.

²¹⁰⁰ Art. 373-2-7 Code civil français.

Les accords entre époux sont systématiquement favorisés, que ce soit au stade des mesures provisoires, où le juge prescrit, en considération des accords éventuels des époux, les mesures nécessaires pour assurer leur existence et celle des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée, ou après. En effet, les époux peuvent passer en cours d'instance des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce²¹⁰¹ et notamment des conventions liquidatives anticipées²¹⁰². Initialement réservée aux époux mariés sous le régime de la communauté légale²¹⁰³, cette possibilité a été étendue aux époux mariés sous un régime conventionnel par la loi du 26 mai 2004²¹⁰⁴.

En outre, l'ordre établi entre l'article 373-2-7 du Code civil relatif aux conventions de divorce et l'article 373-2-8 du Code civil prévoyant l'intervention du juge, témoigne également de la préférence accordée aux conventions²¹⁰⁵ puisque de cet ordre découle l'idée que le juge ne peut statuer en vue de fixer les effets personnels et patrimoniaux du divorce qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire à défaut d'accords des époux.

579. Les autres législations européennes privilégient également le règlement amiable des questions relatives à l'autorité parentale²¹⁰⁶ ainsi que des effets patrimoniaux du divorce en favorisant les solutions négociées entre époux²¹⁰⁷. En Angleterre c'est le Family Law Act de 1976 qui oblige les époux à régler tous les questions ayant trait aux effets du divorce avant son prononcé. En Belgique, c'est la loi du 30 juin 1994 qui a permis aux époux de s'entendre sur les effets patrimoniaux du divorce et sur les questions ayant trait aux enfants en rédigeant une convention de divorce²¹⁰⁸. Cette possibilité a été maintenue par la loi de 2007 puisque les articles 1287 et 1288 du Code judiciaire belge imposent aux époux divorçant par le moyen d'une procédure consensuelle de régler préalablement la question de leurs droits respectifs sur

²¹⁰¹ Art. 268 Code civil français.

²¹⁰² Art. 265-2 Code civil français. Voir H. Fulchiron, Les métamorphoses des cas de divorce (à propos de la réforme du 26 mai 2004), *Defr.* 2004, doct., art. 37999, pp. 1103-1123, spéc. p. 1122.

²¹⁰³ Ancien article 1450 du Code civil.

²¹⁰⁴ Art. 265-2 Code civil.

²¹⁰⁵ V.Larribau-Terneyre, La place du médiateur dans les conflits relatifs à l'autorité parentale, dans F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (Eds), *L'autorité parentale en question*, Presses universitaires du Septentrion, 2003, pp. 139-164, spéc. p. 159.

²¹⁰⁶ F. Granet-Lambrechts, Les préoccupations dominantes dans les législations européennes actuelles en matière d'autorité parentale, dans F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (Eds), *L'autorité parentale en question*, Presses universitaires du Septentrion, 2003, pp. 189-218, spéc. p. 196 ; M. Rebourg, Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant, *Dr. fam.* 2004, n° 7/8, p. 11.

²¹⁰⁷ Rapport n° 71 de M Laurent Béteille, sénateur et rapport n° 3111 de Mme Chantal Robin-Rodrigo, députée. Pour une analyse du phénomène en droit italien, voir A. Miranda, Le modèle italien : la privatisation des rapports familiaux face aux développements sociaux, dans O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris-Ouest, 2010, pp. 93-105, spéc. p. 103.

²¹⁰⁸ M.-T. Meulders-Klein, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en occident. 1968-1998*, L.G.D.J., 1999, spéc. p. 89.

les biens, des effets personnels du divorce et de l'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale tant pour la durée de la procédure que pour la période post-divorce.

580. La faveur faite aux accords de volonté dans la procédure de divorce est telle que les législateurs ont majoritairement introduit une procédure de médiation afin de pacifier le contentieux du divorce et ainsi encourager les règlements consensuels des litiges. La médiation a été introduite en droit de la famille français²¹⁰⁹ par la réforme de l'autorité parentale de 2002²¹¹⁰ et celle du divorce de 2004²¹¹¹. Elle se définit comme « un processus de gestion de conflits dans lequel un couple demande ou accepte l'intervention confidentielle d'une tierce personne, objective et qualifiée, pour l'aider à trouver lui-même les bases d'un accord durable et mutuellement acceptable qui contribuera à la réorganisation de la vie personnelle et familiale de chacun de ses membres »²¹¹². Cette technique, également très répandue dans les autres pays européens²¹¹³, « entre dans le cadre de la privatisation et de l'individualisation des relations familiales »²¹¹⁴ puisqu'elle conduit les individus à devenir acteurs des solutions à rechercher au lieu de subir des logiques institutionnelles.

B. L'affaiblissement de l'ordre public familial de direction

581. L'ordre public de direction désigne les normes impératives dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement ni dans leur convention parce qu'elles sont considérées essentielles au fonctionnement social, au maintien de la sécurité et de la moralité²¹¹⁵. Il est de protection lorsqu'il tend à la sauvegarde d'un intérêt privé. Le droit de la famille est longtemps demeuré une matière indisponible²¹¹⁶, c'est-à-dire soumise à un

²¹⁰⁹ F. Monéger, La médiation dans les réformes du droit de la famille, *LPA*, 2002, n° 170, p. 38.

²¹¹⁰ Art. 373-2-10 Code civil.

²¹¹¹ Art. 255- 1° et 2° du Code civil et art. 1071 du Code de procédure civile. V. Leclercq, La médiation familiale dans la loi du 26 mai 2004, *Dr. fam.* 2004, n° 10, Etude n° 23, pp. 12-14.

²¹¹² J. Levesque, *Méthodologie de la médiation familiale*, Edisem, 1998, spéc. p. 64.

²¹¹³ Voir Institut suisse de droit comparé, *Sur les modèles alternatifs de justice*, 1992. Voir également J. Normand, Le rôle conciliateur du juge et F. Ligot, Justice négociée : le rôle conciliateur du juge et la médiation dans M.-T. Meulders-Klein (dir.), *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, L.G.D.J., 1997, pp. 373-383 et 400-430.

²¹¹⁴ P. Ronfani, La déjudiciarisation du contentieux familial, dans M.-T. Meulders-Klein (dir.), *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, L.G.D.J., 1997, pp. 43-59, spéc. p. 53.

²¹¹⁵ Vocabulaire juridique Capitant, V° Ordre public.

²¹¹⁶ Sur un aperçu de l'évolution de l'ordre public familial, voir J.-L. Renchon, Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille, dans A. Wijffels (dir.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, pp. 269-332.

encadrement statutaire impératif²¹¹⁷. Parce que l'ordre public de direction ne peut souffrir d'aucune dérogation conventionnelle, la matière familiale était fermée aux accords de volonté. Par un effet inversé, la promotion de l'autonomie de la volonté, comme instrument privilégié de régulation des relations familiales a entraîné un recul de l'ordre public de direction²¹¹⁸. Il s'agit essentiellement d'un recul et non pas d'une disparition puisque la formation du mariage et du partenariat enregistré demeure soumise à un certain nombre de conditions impératives d'ordre physiologique, familial et social. Destinées à assurer l'ordre et la paix sociale, il ne peut être dérogé à ces conditions par le biais d'une convention contraire.

582. La libéralisation des relations de couple ne tend pas au « désengagement du droit »²¹¹⁹ ni même à la déjudiciarisation du droit de la famille. La réglementation du droit de la famille ainsi que l'intervention judiciaire gardent de leur pertinence en vue de protéger les membres de la famille²¹²⁰. A l'ordre public de direction c'est ainsi substitué un ordre public de protection²¹²¹. La liberté du couple est ainsi limitée et contrôlée. En France, le régime primaire applicable aux couples en ce qui concerne la gestion patrimoniale de leurs relations a pour but principal de protéger la famille. Les dispositions relatives au logement familial par exemple visent à protéger les époux entre eux.

583. Par ailleurs, si le divorce judiciaire a été maintenu dans la majorité des Etats européens²¹²², c'est dans l'unique volonté de garder un contrôle sur les effets du divorce et ainsi protéger l'intérêt des enfants du couple ou des ex-époux. C'est la raison pour laquelle les accords de volonté sur les effets du divorce ou de la séparation du couple²¹²³ sont soumis à

²¹¹⁷ J. Hauser et P. Delmas Saint-Hilaire, Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ?, *Deffr.* 2005, art. 38115, pp. 357-371, spéc. p. 359. Selon les auteurs, « les relations familiales étaient la terre de l'ordre public, au moins jusqu'en 1965 ».

²¹¹⁸ Sur l'évolution de l'ordre public familial, voir J. Hauser et J.-J. Lemouland, *Rép. Dalloz, dr.civil*, V° Ordre public et bonnes mœurs, rééd. 2004.

²¹¹⁹ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 1994, spéc. p. 52.

²¹²⁰ P. Catala, La métamorphose du droit de la famille, dans *1804-2004. Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, pp. 341-358, spéc. p. 358.

²¹²¹ A. Bénabent, L'ordre public en droit de la famille, dans T. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, pp. 27-31, spéc. p. 30. Voir également J. Hauser, Quel droit européen en matière de couple ? Le couple du 21^e siècle, *Info. Soc.* 2006/1, n° 129, pp. 58-68, spéc. p. 67. Selon l'auteur, l'abandon de l'ordre public de direction au profit de l'ordre public de protection contribue à la construction d'un « droit de la consommation familiale ».

²¹²² Seuls le Danemark et la Norvège ont admis le divorce administratif. Les Pays-Bas ont instauré le « divorce éclair » (*flitscheidung*) sans intervention judiciaire. G. Willems, Evolution contemporaine du droit de la famille en Europe, dans J. Besson et M. Galtier, *Mes papas, mes mamans, et moi ? La place de l'enfant dans les nouvelles parentalités*, Érès, 2007, pp. 71-89, spéc. p. 77.

²¹²³ Le contrôle du juge dans le cadre d'une rupture d'un partenariat est essentiellement prévu par les législations ayant établi un partenariat-institution. Les autres pays, c'est-à-dire ceux ayant adopté un partenariat-contrat

homologation. Il revient au juge de s'assurer que la volonté de divorcer de chacun des conjoints est réelle et libre et d'autre part que les termes de l'accord soumis à son homologation préservent suffisamment les intérêts des enfants²¹²⁴ ainsi que ceux de chacun des époux²¹²⁵. La réforme belge entreprise par la loi du 20 mai 1997 a modifié les règles relatives à la procédure du divorce par consentement mutuel dans un souci de protection des enfants²¹²⁶. Sous l'empire de la loi du 30 juin 1994, les époux disposaient d'une complète liberté en matière de convention de divorce tant en ce qui concerne les effets patrimoniaux qu'en ce qui concerne les questions ayant trait aux enfants sous la seule réserve du respect de l'ordre public. Le juge n'avait pas compétence pour contrôler le contenu de la convention²¹²⁷. C'est la loi de 1997 qui a introduit le contrôle juridictionnel et l'exigence d'homologation des conventions portant sur les enfants.

584. Un tel contrôle est heureux puisqu'il permet de garder un équilibre dans la reconnaissance de la liberté de chacun des membres de la famille. Le juge est ainsi le gardien et le garant de la liberté de chacun des membres de la famille²¹²⁸. Le droit au bonheur des uns ne doit pas aboutir au malheur des autres. En effet, le libéralisme à outrance en droit de la famille serait néfaste pour la liberté individuelle puisqu'un époux pourrait, du fait de sa supériorité ou de son influence, imposer sa volonté à son conjoint sans pour autant assurer le respect de l'intérêt de ce dernier voire même des enfants. L'intervention du juge s'avère d'autant plus légitime et justifiée que l'intérêt de l'enfant est au centre des droits nationaux de la famille.

comme la France, ne prévoient pas un tel contrôle puisque la rupture et ses effets sont totalement soumis à l'autonomie de la volonté lorsque les ex-partenaires arrivent à s'entendre.

²¹²⁴ O. Laouenan, Les conventions sur l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002, *JCP. G.* 2003.I.149.

²¹²⁵ Art. 232 Code civil français. P. Salvage-Gerest, Le juge des affaires familiales : de l'homme-orchestre du divorce à l'homme-orchestre de l'autorité parentale, *Dr. fam.* 2003, chron. n° 12, p. 8.

²¹²⁶ S. Demars, *Les procédures en divorce. Loi du 20 mai 1997, la réforme de la réforme*, Larcier, 1997, spéc. p. 80 et s.

²¹²⁷ M.-T. Meulders-Klein, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en occident. 1968-1998*, L.G.D.J., 1999, spéc. p. 89.

²¹²⁸ J. Hauser, Le juge homologateur en droit de la famille, dans P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 114 et s.

Section 2 : L'apparition d'un droit de la famille pédocentrique

585. Le statut juridique de l'enfant a évolué sous l'impulsion des droits fondamentaux, surtout de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989 dont l'application effective au sein de l'Europe a été encouragée et promue par le biais de l'influence croissante des droits européens supranationaux²¹²⁹ sur les droits internes²¹³⁰. L'enfant est passé du statut d'objet de droits dont le sort est soumis à l'intérêt du groupe familial²¹³¹ à celui de sujet de droit dont l'intérêt doit être privilégié au sein de la famille²¹³². L'intégration des droits de l'enfant dans les systèmes juridiques européens de protection des droits fondamentaux a contribué à la valorisation de la personne de l'enfant dans la société, mais aussi dans la famille²¹³³. Cette valorisation se traduit par la promotion, en droit de la famille, de l'intérêt (§1) et de la volonté (§2) de l'enfant.

§1. La promotion de l'intérêt de l'enfant

586. Sous le poids de l'influence des droits européens supranationaux et des droits étrangers, les législations européennes placent l'intérêt de l'enfant au cœur de leur dispositif familial. L'enfant est devenu la préoccupation centrale des réformes internes qui cherchent à valoriser ses droits fondamentaux. Aussi peut-on dire que la prise en compte de l'intérêt de l'enfant conduit les législateurs nationaux à reconstruire²¹³⁴ le droit de la famille en vue non seulement de recentrer la matière sur l'intérêt de l'enfant (A), mais aussi de renforcer les droits de l'enfant²¹³⁵ (B).

²¹²⁹ A. Gouttenoire, La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, dans *Le monde du droit, Écrits en l'honneur de J. Foyer*, Economica, 2008, p. 495 et s.

²¹³⁰ Voir *supra* n° 158 et n° 224.

²¹³¹ F. Dekeuwer-Défossez, Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille, *R.T.D. civ.* 1995, p. 249.

²¹³² J. Rubellin-Devichi, Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française, *JCP. G.* 1994. I. 3739.

²¹³³ L. Smith, Recent developments in child law, dans K. Boele-Woelki and T. Sverdrup (eds), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, 2008, pp. 53-62.

²¹³⁴ H. Fulchiron, La responsabilité parentale dans l'espace européen, dans D. Gadbin et F. Kernaleguen (dir.), *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruylant, 2004, pp. 175-188, spéc. p. 177.

²¹³⁵ H. Fulchiron, Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant, *G.P.*, 6-8 déc. 2009, doct., pp. 3522-3526, spéc. p. 3524. Selon l'auteur, la promotion de l'intérêt supérieur de l'enfant dynamise les droits de l'enfant.

A. Le droit de la famille centré sur l'intérêt de l'enfant

587. La tendance européenne est à l'intégration de l'intérêt de l'enfant dans les dispositions régissant les relations de l'enfant avec ses proches. Cette insertion législative fait de l'intérêt de l'enfant le critère privilégié de régulation des relations familiales. On peut le constater tant en ce qui concerne les relations de l'enfant avec ses parents qu'en ce qui concerne ses relations avec ses grands-parents. Le changement de statut de l'enfant a modifié la façon d'appréhender les relations entre l'enfant et ses parents au sein des règles relatives à la responsabilité parentale. La prise en compte de l'enfant en tant que personne, sujet de droit, a conduit les législateurs européens à rétablir un certain équilibre entre l'enfant et ses parents et, ainsi, à faire disparaître la conception autoritaire d'origine de la responsabilité parentale. Cette évolution s'est manifestée à travers le langage juridique²¹³⁶. En France et en Belgique²¹³⁷, la loi a substitué la notion d'autorité parentale à celle de puissance paternelle. En Angleterre, le « parental powers » a été remplacé par le « parental authority » puis le « parental responsibility ». Tandis qu'en Allemagne²¹³⁸, on est passé de la « väterliche Gewalt » à l'« elterliche Sorge »²¹³⁹. Ce « glissement sémantique »²¹⁴⁰ témoigne de la volonté des législateurs européens de faire de cette autorité parentale moins un pouvoir qu'un devoir des parents. Les termes d'autorité, de responsabilité ou de soins désignent en effet « une *fonction*, plus qu'une *domination*, attribuée aux parents »²¹⁴¹.

588. Les contours de la responsabilité parentale ont corrélativement changé et ont été redessinés autour de l'intérêt de l'enfant²¹⁴². En France, la loi du 4 mars 2002 a redéfini la notion d'autorité parentale et mis l'accent sur l'intérêt de l'enfant qui n'avait jamais été

²¹³⁶ A l'exception de l'Italie et du Portugal qui ont respectivement gardé les notions de puissance parentale et puissance paternelle malgré une évolution du droit de l'autorité parentale comparable à celle des autres pays européens. Pour le Portugal, voir J.C. Moitinho de Almeida, La filiation dans la réforme du Code civil portugais du 25 novembre 1977, *Boletim do Ministério da Justiça*, 1979, n° 285, pp. 5-51, spéc. p. 31.

²¹³⁷ En France, loi du 4 juin 1970 : C. Colombet, Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, *D.* 1971, chron., p. 1 ; M. Gobert, L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970), *JCP. G.* 1971. I. 2421; R. Legeais, *Defr.*, 1971, art. 29879 et 29954. En Belgique, loi du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse.

²¹³⁸ F. Furkel, Le nouveau droit de l'enfance en République fédérale d'Allemagne, *R.T.D. civ.* 1998, p. 804.

²¹³⁹ R. Frank, Mariage et concubinage, réflexions sur le couple et la famille, dans *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, pp. 3-13, spéc. p. 9 et 10.

²¹⁴⁰ D. Huet-Weiller, De la puissance paternelle à la responsabilité parentale, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 405-413, spéc. p. 406.

²¹⁴¹ L. Gareil, *L'exercice de l'autorité parentale*, L.G.D.J., 2004, spéc. n° 4, p. 3.

²¹⁴² Grèce, Loi n° 1329 de 1983, voir P. Agallopoulou, Modification du droit de la famille hellénique dues aux changements socio-familiaux, *Revue hellénique de droit international*, 1997/2, n° 50, pp. 579-588, spéc. p. 582.

expressément inscrit dans les anciennes lois²¹⁴³ malgré une pratique jurisprudentielle bien établie. L'article 371-1 du Code civil présente désormais l'autorité parentale comme un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant et tendant à protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé, sa moralité, mais aussi à assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. L'autorité parentale est ainsi expressément reconnue comme un droit-fonction centré sur l'enfant²¹⁴⁴.

En Allemagne, la loi du 18 juillet 1979 ayant pour objectif de promouvoir l'intérêt de l'enfant dans les relations entre parents et enfants a remis en cause l'idée selon laquelle les soins parentaux sont essentiellement un droit de domination en vue de valoriser les devoirs et les responsabilités des parents²¹⁴⁵.

En Angleterre, la conception de la responsabilité parentale a évolué à travers le *Children Act* de 1975 et celui de 1989²¹⁴⁶. C'est le premier de ces textes qui a redéfini la responsabilité parentale comme un ensemble de droits et de devoirs et non plus seulement comme un pouvoir tandis que le second a fait de l'intérêt de l'enfant la finalité de la responsabilité parentale²¹⁴⁷. L'article premier de la loi de 1989 affiche clairement le rôle primordial accordé à l'intérêt de l'enfant. Aux termes de cette disposition, « pour toute question touchant le développement d'un enfant ou l'administration de ses biens, l'intérêt de l'enfant sera la considération suprême de la cour »²¹⁴⁸.

589. L'intérêt de l'enfant a également eu un impact sur les règles relatives aux modalités d'exercice de la responsabilité parentale puisqu'il a fait naître un droit de l'enfant au maintien de relations personnelles avec ses deux parents²¹⁴⁹ et a ainsi encouragé le système de la coparentalité, même lorsque les parents sont séparés²¹⁵⁰. Parce que la Cour EDH impose aux

²¹⁴³ Exposé des motifs de la proposition de loi n° 3074 de M. Jean-Marc Ayrault.

²¹⁴⁴ J. Rochfeld, Droits-fonctions versus droits subjectifs : quel modèle pour la famille ?, *R.T.D. civ.* 2002, pp. 377-384, spéc. p. 377.

²¹⁴⁵ F. Gross, La réforme de la puissance parentale en droit allemand, *Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, Tome XXIX, 1981, pp. 345-363, spéc. p. 347.

²¹⁴⁶ J. Flauss-Diem, Le Children Act de 1989 ou le passage des droits parentaux à la responsabilité parentale en droit anglais, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 415-424, spéc. p. 417.

²¹⁴⁷ J. Flauss-Diem, L'introduction de la « responsabilité parentale » en droit anglais, *LPA*, 1991, n° 94, pp. 38-46, spéc. p. 38.

²¹⁴⁸ « When a court determines any question with respect to the upbringing of a child or the administration of a child's property or the application of any income arising from it, the child's welfare shall be the court's paramount consideration ».

²¹⁴⁹ A. Gouttenoire, La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Info. Soc.*, 2008, n° 149, pp. 40-51.

²¹⁵⁰ P. Hilt, L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations enfants-parents séparés, *AJ fam.* 2004, n° 11, p. 384.

Etats l'obligation positive de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à l'effectivité de ce droit²¹⁵¹, les législateurs européens ont assorti l'exercice unilatéral de la responsabilité parentale ou l'exercice commun sans résidence alternée d'un droit de visite et d'hébergement du parent non titulaire de la responsabilité parentale²¹⁵² ou du parent avec qui l'enfant ne réside pas. En Allemagne, l'intégration du droit de l'enfant à maintenir des relations personnelles avec ses parents dans le droit interne de la famille a fait du droit de visite non plus seulement un droit des parents, mais aussi un droit de l'enfant. En effet, le § 1684 al. 1^{er} du BGB dispose que « l'enfant a le droit d'entretenir des relations avec chacun de ses parents. Chaque parent a l'obligation et le droit d'entretenir des relations avec l'enfant ». En France, la loi du 4 mars 2002 avait seulement prévu le droit de visite et d'hébergement pour les situations d'exercice unilatéral de l'autorité parentale. La loi du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfance a complété ce dispositif en étendant le droit de visite et d'hébergement en faveur du parent qui, sans être dépourvu de l'exercice de l'autorité parentale, ne vit pas habituellement avec l'enfant²¹⁵³. Cette loi est venue transcrire dans les textes une pratique déjà consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation²¹⁵⁴.

590. Dans le cadre d'une procédure contentieuse relative à la responsabilité parentale, l'intérêt de l'enfant est devenu le critère déterminant de la décision du juge. L'intérêt de l'enfant guide l'appréciation du juge qui systématiquement motive son jugement par l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi que l'a écrit un auteur, l'intérêt de l'enfant s'est « affirm[é] progressivement dans tous les pays d'Europe comme le critère unique de solution de toutes les procédures mettant en jeu un enfant »²¹⁵⁵.

²¹⁵¹ Cour EDH, 13 mars 1980, *Wim Hendriks c. Pays-Bas*. Voir N. Gallus, Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *Rev. Dr. ULB*, 2005, n° 32, pp. 13-68, spéc. p. 51. Voir également Cour EDH, affaire *Gluhakovic c. Croatie*, 12 avril 2011, n° 21188/09 : *Dr. fam.* 2011, n° 6, Alerte n° 47, M. Bruggeman.

²¹⁵² F. Granet-Lambrechts, Les préoccupations dominantes de la législation européenne actuelle, dans F. Dekeuwer-défossez, (dir.), *L'autorité parentale en question*, Presses universitaires du Septentrion, 2003, p. 189 ; Voir également du même auteur, *Les préoccupations dominantes dans les législations européennes actuelles en matière d'autorité parentale*, consultable sur : <http://www-cdpf.u-strasbg.fr/APsynthese.htm> ; F. Boulanger, *Autorité parentale et intérêt de l'enfant. Histoire, problématique, panorama comparatif et international*, Edilivre AParis, 2008.

²¹⁵³ A. Gouttenoire et L. Brunet, Droits de l'enfant, novembre 2005-mars 2007, *D.* 2007, panorama, pp. 2192-2200, spéc. p. 2194.

²¹⁵⁴ Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2006 : *AJ fam.* 2006, p. 202. Obs. F. Chénéde ; *R.T.D. civ.* 2006, p. 300, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2006, Comm. n° 157, obs. P. Murat.

²¹⁵⁵ F. Dekeuwer-Défossez, L'enfant et la justice familiale, dans M.-T. Meulders-Klein (dir.), *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, L.G.D.J., 1997, pp. 560-576, spéc. p. 561.

591. En raison du lien de filiation et du lien affectif existant entre l'enfant et ses grands-parents, les droits internes ont reconnu un droit au maintien des relations personnelles au bénéfice des grands-parents²¹⁵⁶. L'exercice effectif de ce droit est longtemps resté sous l'emprise de la responsabilité parentale. Chargés de l'éducation et de la surveillance de l'enfant, les parents pouvaient s'opposer à l'exercice de ce droit en invoquant diverses raisons soumises à l'appréciation du juge. Les législations nationales ont réformé la matière en vue d'introduire l'intérêt de l'enfant comme seul critère permettant de s'opposer au maintien de relations personnelles entre l'enfant et ses ascendants. Le droit français est à cet égard assez emblématique. La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale et la loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance ont successivement retouché l'article 371-4, alinéa premier du Code civil en vue d'y intégrer l'intérêt de l'enfant et ainsi procéder à une « mutation de la philosophie du texte »²¹⁵⁷. La première, l'a fait en reconnaissant à l'enfant un droit personnel au maintien des relations personnelles avec ses ascendants. Néanmoins, le maintien de ces relations pouvait être exclu judiciairement sur le fondement de motifs graves invoqués par les parents²¹⁵⁸. La seconde loi a changé la formulation du texte en plaçant l'intérêt de l'enfant au centre du droit au maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses grands-parents. En effet, le législateur a fait de l'intérêt de l'enfant le seul critère pouvant faire obstacle à l'exercice de ce droit²¹⁵⁹.

En Allemagne, le droit de l'enfance a été réformé par diverses lois entrées en vigueur le 1^{er} juillet 1998²¹⁶⁰. A cette occasion, un droit de visite a été reconnu aux grands-parents à la condition que cela serve l'intérêt supérieur de l'enfant²¹⁶¹. En Belgique, c'est la loi du 13 avril 1995 qui a inséré un nouvel article 375 bis au Code civil en vue de reconnaître aux grands parents le droit de maintenir des relations personnelles avec l'enfant et en cas de contestation des parents, l'exercice de ce droit est réglé par le juge en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant.

²¹⁵⁶ F. Boulanger, *Autorité parentale et intérêt de l'enfant. Histoire, problématique, panorama comparatif et international*, Edilivre A Paris, 2008, spéc. p. 228.

²¹⁵⁷ A. Etienney, Le droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec ses ascendants, dans M. Bourassin et C. Coutant-Lapalus (dir.), *Les droits des grands-parents, une autre dépendance ?*, Dalloz, à paraître.

²¹⁵⁸ N. Rexand-Pourias, Les relations entre grands-parents et petits-enfants depuis la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale, *JCP. G.* 2003. I. 100.

²¹⁵⁹ M.-T. Cordier, Autorité parentale, grands-parents-petits-enfants, *Dr. fam.* 2007, n° 6, pan. juris.1 ; I. Corpart, *Les droits de l'enfant*, article consultable sur : http://www.cdpf.u-strasbg.fr/I_Corpart.htm

²¹⁶⁰ Loi portant réforme du droit de l'enfance, loi sur l'assistance légale et la loi sur l'égalité des enfants en matière successorale : F. Furkel, Le nouveau droit de l'enfance en République fédérale d'Allemagne, *R.T.D. civ.* 1998, pp. 804-820.

²¹⁶¹ § 1685, al. 1 du BGB.

B. Le renforcement des droits de l'enfant

592. La prise en compte croissante de l'intérêt de l'enfant a conduit les ordres juridiques européens à reconnaître de nouveaux droits aux enfants tel le droit de connaître ses origines ou le droit à un statut juridique égalitaire entre les filiations. Nul ne contestera que le droit européen supranational du Conseil de l'Europe n'est pas le moins étranger à cette tendance à l'harmonisation des droits nationaux de la famille autour de la promotion des droits de l'enfant²¹⁶².

593. Le droit à la connaissance de ses origines reconnu par la Cour EDH²¹⁶³ est considéré comme essentiel au plein épanouissement de l'enfant ainsi qu'à la construction de sa personnalité. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a dégagé des droits fondamentaux protégés par la Loi fondamentale allemande que sont le droit à la dignité de l'homme (art. 1) et le droit au libre épanouissement de sa personnalité (art. 2, al. 1), le droit de l'enfant naturel de connaître ses origines et corrélativement le droit d'exiger de la mère la communication du nom de son père²¹⁶⁴. Dans les autres pays, les législateurs nationaux, soucieux de sauvegarder l'intérêt de l'enfant, veillent de plus en plus à l'intégrer au sein de leurs dispositions en matière familiale. Ce droit a notamment conduit la Belgique à réformer son droit de l'adoption en vue de reconnaître la possibilité pour l'enfant adopté de connaître ses parents biologiques. Le droit français a modifié ses règles relatives à l'accouchement sous X afin de rendre accessible des données sur l'identité de la mère biologique de l'enfant né sous X en instituant le Conseil national d'accès aux origines personnelles (CNAOP) par une loi du 22 janvier 2002. L'atténuation de la rigueur du secret sur les origines a été explicitement fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant²¹⁶⁵.

594. Le droit à la connaissance des origines est également au cœur des nombreux débats soulevés par la question de la procréation médicalement assistée notamment en ce qui concerne la révélation de l'identité du donneur de gamètes. Soucieux de respecter les droits de l'enfant, de nombreux Etats européens ont réformé leur droit en vue d'autoriser la

²¹⁶² H. Surrel, Le juge des droits de l'homme, *Dr. fam.* 2006, n° 7/8, Etude n° 36, p. 28.

²¹⁶³ Cour EDH, *Arrêt Odièvre c. France*, arrêt préc.

²¹⁶⁴ BVerfG, 18 janvier 1988, *N.J.W.*, 1988, p. 3010. Voir F. Furkel, Le droit à la connaissance de ses origines en République fédérale d'Allemagne, *R.I.D.C.*, 1997, p. 931 et s.

²¹⁶⁵ Rapport d'information n° 65 de M. Del Picchia Robert, sénateur.

communication d'informations sur le donneur de gamètes²¹⁶⁶. Le gouvernement français a également tenté d'opérer une telle réforme. Le projet de loi²¹⁶⁷ à l'origine de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique²¹⁶⁸ avait en effet admis dans ses articles 14 à 18 la levée conditionnelle de l'anonymat du donneur de gamètes dans le cadre de la PMA. Ce texte entendait modifier les articles L. 1211-5 et suivants et L. 2143-1 et suivants du Code de la santé publique en vue de permettre à l'enfant majeur issu d'une PMA d'accéder à l'identité du tiers dont les gamètes avaient permis sa conception, à la condition que ce tiers y consente expressément. A cet effet, le projet de loi avait prévu la mise en place d'une commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du donneur. Ces dispositions, fondées à la fois sur le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines et sur le droit comparé²¹⁶⁹, ont été abandonnées au cours des discussions parlementaires. De multiples arguments ont été avancés à l'appui du rejet des articles 14 à 18 du projet de loi, tels le risque de voir le nombre de donneurs de gamètes diminuer ou de voir se développer le secret sur la PMA au sein des familles²¹⁷⁰. Il a également été souligné que le droit à la connaissance de ses origines vise davantage à inscrire l'enfant dans « une histoire familiale et non génétique »²¹⁷¹.

595. C'est également l'intérêt de l'enfant qui a joué dans la disparition de toute hiérarchie entre filiation légitime et filiation naturelle. Le droit de la filiation des Etats membres de l'Union européenne a longtemps été construit sur les distinctions entre enfants légitime, naturel simple ou adultérin²¹⁷². Du fait de l'influence croissante du principe fondamental européen de non-discrimination et de la percée de l'intérêt supérieur de l'enfant, les législateurs nationaux ont progressivement réformé le droit de la famille dans le sens d'une

²¹⁶⁶ Suède, loi de 1984 entrée en vigueur le 1^{er} mars 1985 ; Pays-Bas, loi du 25 avril 2002 sur les règles relatives à la conservation, à la gestion et à la diffusion des informations relatives aux donneurs en cas de procréation médicalement assistée ; Royaume-Uni, Human fertilisation and embryology Act de 1990 ; Suisse, loi de 1998 sur la procréation médicalement assistée ; Norvège, loi de décembre 2003 ; Finlande, loi du 15 octobre 2006 ; Espagne, loi du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction médicalement assistée ; Islande, loi de 1996 ; Autriche, loi de 1992 ; Belgique, loi du 15 mars 2007. Voir étude de législation comparée du Sénat n° 186, sept. 2008, l'anonymat du don de gamètes ; P.-O. Arduin, Faut-il lever l'anonymat du don de gamètes ?, 2 juillet 2010, article consultable sur :

<http://www.libertépolitique.com/respect-de-la-vie/6133-faut-il-lever-lanonymat-du-don-de-gametes->

²¹⁶⁷ Projet de loi n° 2911 relatif à la bioéthique de Mme Roselyne Bachelot-Narquin, déposé à l'Assemblée nationale le 20 octobre 2010.

²¹⁶⁸ Loi n° 2011-814.

²¹⁶⁹ Rapport n° 3111 de M. Jean Leonetti, député, Tome 1, spéc. point IV. A.

²¹⁷⁰ Voir compte-rendu intégral des débats au Sénat, séance du 7 avril 2011, J.O. du 8 avril 2011, n° 32 S., p. 2566 et s.

²¹⁷¹ Voir intervention de M. François-Noël Buffet, rapporteur pour avis, CRI débats parlementaires du 7 avril 2011, préc.

²¹⁷² G. Beitzke, La réforme de la condition juridique de l'enfant naturel en République fédérale d'Allemagne, *R.I.D.C.* 1970, pp. 313-324.

égalité de droits entre les enfants quelle que soit la nature de leur filiation²¹⁷³. Cette évolution s'est majoritairement traduite par la mise en œuvre d'un droit commun²¹⁷⁴ à l'ensemble des filiations en ce qui concerne tant l'exercice de la responsabilité parentale que la transmission du nom de famille, mais aussi l'établissement de la filiation maternelle et la vocation successorale²¹⁷⁵. Sous le poids de l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH²¹⁷⁶, la majorité des États européens ont inscrit dans leur droit la règle « *mater semper certa est* », c'est-à-dire le principe de l'établissement de la filiation maternelle par la seule désignation de la mère dans l'acte de naissance²¹⁷⁷, mais aussi accordé les mêmes droits successoraux aux enfants légitimes et enfants naturels, qu'ils soient adultérins ou non²¹⁷⁸.

Tirant les conséquences de l'égalité des filiations, la plupart des législateurs nationaux²¹⁷⁹ l'ont symboliquement inscrite dans le langage juridique en abandonnant les expressions d'enfant légitime et d'enfant naturel²¹⁸⁰. L'Allemagne a opéré cette suppression avec la loi du 16 décembre 1996 portant réforme du droit de l'enfance et a poussé « à l'extrême le souci de supprimer toute discrimination entre les enfants légitimes et

²¹⁷³ Au Danemark, Loi du 29 avril 1981. En Espagne, Loi 11/181 du 13 mai 1981. Au Royaume-Uni, Family Law Reform Act de 1987. En Belgique, Loi du 31 mars 1987. En Allemagne, Loi portant réforme du droit de l'enfant (das Kindschaftsrechtsreformgesetz) du 16 décembre 1997, Loi sur l'assistance légale (Beistandsgesetz) du 4 décembre 1997, Loi sur l'égalité des enfants en matière successorale (Erbrechtsgleichstellungsgesetz) du 16 décembre 1997, Loi d'unification de l'entretien des enfants mineurs (Gesetz zur Vereinheitlichung des Unterhaltsrechts minderjähriger Kinder-Kindesunterhaltsgesetz) du 6 avril 1998. En France : lois du 3 janvier 1972, loi du 3 décembre 2001, lois du 4 mars 2002, ordonnance du 4 juillet 2005 et loi du 16 janvier 2009.

²¹⁷⁴ J. Hauser, Vers un droit commun familial, *D.* 1991, chron., p. 56.

²¹⁷⁵ G. Willems, Evolution contemporaine du droit de la famille en Europe, dans J. Besson et M. Galtier, *Mes papas, mes mamans, et moi ? La place de l'enfant dans les nouvelles parentalités*, Érès, 2007, pp. 71-89, spéc. p. 78.

²¹⁷⁶ Cour EDH, *Arrêt Marckx et Mazurek*, préc. ; voir *supra* n° 260, n° 274 et n° 289.

²¹⁷⁷ Allemagne, Autriche, Suisse, Hongrie, Pologne, Royaume-Uni, Belgique, Portugal, Espagne et France (Ordonnance du 4 juillet 2005). Voir F. Kernaléguen, Le droit à l'établissement et au maintien du lien de filiation dans l'espace européen, dans D. Gadbin et F. Kernaléguen (dir.), *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruylant, 2004, pp. 101-117, spéc. p. 104. F. Granet-Lambrechts, Panorama européen de droit de la filiation, *Dr. fam.* 2007, étude n° 30, pp. 7-12, spéc. p. 8. Pour l'Espagne, voir J.C. Moitinho de Almeida, La filiation dans la réforme du Code civil portugais du 25 novembre 1977, *Boletim do Ministério da Justica*, 1979, n° 285, pp. 5-51, spéc. p. 8.

²¹⁷⁸ En France, loi du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins ; Allemagne, loi du 16 décembre 1997 sur l'égalité des enfants en matière successorale ; Belgique, loi du 31 mars 1987 et loi du 1er juillet 2006 réformant le droit de la filiation (M.B. 29 déc. 2006, p. 76040).

²¹⁷⁹ Hongrie en 1947 ; Espagne, depuis 1981 ; Portugal ; Belgique en 1987 ; Pays-Bas en 1997 ; Allemagne en 1997 ; Croatie en 1999 ; Autriche et Pologne. F. Granet-Lambrechts, Panorama européen de droit de la filiation, *Dr. fam.* 2007, étude n° 30, pp. 7-12, spéc. p. 7. Pour l'Allemagne, voir E. Wenner, La réforme du droit de la filiation en Allemagne, *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1997, t. XLV, pp. 109- 124, spéc. p. 110 et s.

²¹⁸⁰ Belgique, loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant les dispositions du Code civil belge relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, M.B. 29 dec. 2006, p. 76040 : G. Mathieu, La réforme du droit de la filiation : une réforme en profondeur, *R.T.D. fam.* 2007, n°2, p. 333 ; J. pousson-Petit, Chronique de droit belge : le droit de l'enfance ou le droit à l'enfant ?, *Dr. fam.* 2010, n° 7/8, Etude n° 19, p. 20.

naturels »²¹⁸¹ en inscrivant le statut de tous ces enfants dans des titres communs du BGB²¹⁸². En France, l'effacement formel des notions de filiation naturelle et filiation légitime a été opéré par l'ordonnance du 4 juillet 2005²¹⁸³, qui a corrélativement supprimé la légitimation²¹⁸⁴.

§2. La promotion de la volonté de l'enfant

596. L'enfant n'est pas seulement sujet à davantage de protection, il est également un membre actif de la famille puisqu'une attention particulière est accordée à l'expression de sa volonté. On peut en effet constater un accroissement de « l'autonomie juridique de l'enfant »²¹⁸⁵ par la promotion de sa parole dans la plupart des Etats européens. La liberté individuelle de l'enfant se trouve consacrée par la faculté qui lui est donnée d'exprimer son opinion tant dans le cadre de décisions familiales (A) que des procédures judiciaires qui le concernent personnellement (B).

A. La participation de l'enfant aux décisions familiales

597. Le consentement de l'enfant est exigé pour toute décision emportant modification de son Etat civil²¹⁸⁶. Cela se traduit majoritairement dans les droits nationaux de la famille par l'exigence de l'accord de l'enfant pour toute modification de son prénom ou de son nom. En outre, tous les Etats européens soumettent l'adoption de l'enfant à son consentement lorsqu'il est en mesure de le faire. Certaines législations européennes²¹⁸⁷ soumettent également l'établissement de la filiation paternelle naturelle tardive au consentement de l'enfant²¹⁸⁸. On peut également observer une tendance des législations européennes à associer l'enfant à la

²¹⁸¹ F. Granet, Convergences et divergences des droits européens de la famille, *art. préc.*, spéc. p. 11.

²¹⁸² F. Furkel, Le nouveau droit de l'enfance en République Fédérale d'Allemagne, *R.T.D. civ.* 1998, pp. 804-820, spéc. p. 819.

²¹⁸³ J. Hauser, Des filiations à la filiation, *R.J.P.F.*, 2005, n° 9, pp. 6-11.

²¹⁸⁴ J. Massip, *Le nouveau droit de la filiation*, Defrénois, 2006, spéc. p. 3.

²¹⁸⁵ F. Dekeuwer-Defossez, L'enfant et la justice familiale, dans M.-T. Meulders-Klein (dir.), *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, LGDJ, 1997, pp. 560-576, spéc. p. 561. Voir également A. Gouttenoire, L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir, *AJ fam.* 2003, n° 11, pp. 368-372, spéc. p. 368.

²¹⁸⁶ F. Dekeuwer-Defossez, L'enfant et la justice familiale, dans M.-T. Meulders-Klein (dir.), *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, LGDJ, 1997, pp. 560-576, spéc. p. 568.

²¹⁸⁷ Belgique, Allemagne, Hongrie, Italie, Pays-Bas.

²¹⁸⁸ F. Dekeuwer-Defossez, L'enfant et la justice familiale, dans M.-T. Meulders-Klein (dir.), *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, LGDJ, 1997, pp. 560-576, spéc. p. 569.

fonction éducative de ses parents. En Grèce, l'opinion du mineur doit être sollicitée et appréciée en fonction de sa maturité avant toute décision relative à la responsabilité parentale depuis la loi de 1983²¹⁸⁹. En Allemagne, c'est la loi du 18 juillet 1979²¹⁹⁰ qui a modifié le paragraphe 1626 du BGB en vue d'inviter les parents à prendre en considération, lors des soins et de l'éducation, la capacité et le besoin croissant de l'enfant à agir de manière indépendante ainsi qu'à discuter avec lui de toutes les questions relevant des soins parentaux en vue d'obtenir son accord ou aboutir à une solution de compromis²¹⁹¹. La France a suivi cette tendance avec la loi du 4 mars 2002 ayant réformé l'autorité parentale. La nouvelle rédaction de l'article 371-1, al. 3 du Code civil dispose désormais que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ». Aussi, peut-on dire que les relations d'autorité parentale se construisent désormais à trois.

598. D'un pays à l'autre, l'âge requis pour que l'enfant puisse manifester son opinion varie sensiblement. En outre, si certaines lois fixent un âge précis, d'autres font référence à une appréciation *in concreto* de la capacité de l'enfant à pouvoir donner son consentement. Elles renvoient notamment aux facultés de discernement de l'enfant et à sa maturité. Par exemple, en droit français, la loi impose le consentement personnel du mineur de plus de 13 ans en matière de changement de nom ou de prénom et en matière d'adoption tandis qu'en ce qui concerne la participation de l'enfant à son éducation, le législateur renvoie à une appréciation *in concreto* en fonction de l'âge et du degré de maturité de l'enfant.

B. La participation de l'enfant aux décisions judiciaires

599. La promotion de la volonté de l'enfant se traduit également dans les législations européennes par la prise en compte de sa parole lors de procédures familiales contentieuses²¹⁹². « Dans le cadre judiciaire, l'autonomie de l'enfant devient la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant »²¹⁹³. La

²¹⁸⁹ G. Koumantos, Evolution récente du droit de la famille en Grèce, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 155-161, spéc. p. 160.

²¹⁹⁰ Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge, Bundesgesetzblatt, 1979, I, 1061.

²¹⁹¹ D. Schwab, Droit de la famille et juridiction en Allemagne, dans M.-T. Meulders-Klein (dir.), *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, LGDJ, 1997, pp. 105-117, spéc. p. 107. F. Gross, La réforme de la puissance parentale en droit allemand, *art. préc.*, spéc. p. 356.

²¹⁹² F. Granet-Lambrechts et P. Hilt, La parole de l'enfant dans les procédures familiales en Europe, *AJ fam.* 2006, p. 456.

²¹⁹³ F. Dekeuwer-Defossez, L'enfant et la justice familiale, dans M.-T. Meulders-Klein (dir.), *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, LGDJ, 1997, pp. 560-576, spéc. p. 562.

majorité des législations européennes²¹⁹⁴ ont modifié leur droit procédural en matière familiale afin de permettre à l'enfant d'être entendu avant que le juge ne prenne une décision en ce qui concerne l'autorité parentale²¹⁹⁵. Les droits nationaux européens de la famille donnent ainsi la possibilité à l'enfant de « faire valoir son intérêt individuel »²¹⁹⁶ en organisant l'audition obligatoire de l'enfant doué d'un certain discernement au sein des procédures judiciaires.

En France, la loi du 5 mars 2007 a reconnu à l'enfant, sous le poids de l'influence du droit européen supranational et du droit comparé²¹⁹⁷, un véritable droit d'être entendu en justice dans le cadre des procédures qui le concernent²¹⁹⁸. Les textes antérieurs²¹⁹⁹ ne lui accordaient, en effet, que le droit de solliciter une audition²²⁰⁰, qui pouvait être refusée par le juge. L'audition de l'enfant n'avait donc aucun caractère obligatoire pour le juge²²⁰¹.

600. Le vaste mouvement européen d'autonomisation de l'enfant se caractérise non pas seulement par la faculté qui lui est reconnue d'être entendu, mais aussi par la possibilité qui lui est donnée de se faire entendre en devenant acteur de sa protection²²⁰², c'est-à-dire en se portant partie à un procès qui l'oppose à ses parents. L'ensemble des législations européennes reconnaissent à l'enfant le droit d'initier une procédure d'assistance éducative lorsqu'il estime que sa santé, son éducation, sa sécurité ou sa moralité sont mises en danger par les personnes qui exercent sur lui l'autorité parentale²²⁰³. Parce que dans le cadre d'une telle procédure, l'enfant est en conflit avec son ou ses représentants légaux, les droits nationaux européens ont

²¹⁹⁴ Le législateur britannique l'a introduit dans le Children Act de 1989, qui prévoit l'audition directe de l'enfant par le juge. En Belgique, voir l'article 931 du code judiciaire introduit par la loi du 30 juin 1994. En droit luxembourgeois, l'article 388-1 CC a été introduit par la loi du 20 décembre 1993. En droit espagnol, voir la loi du 25 janvier 1996 sur le droit pour le mineur d'être entendu sur toutes les questions le concernant. Voir F. Boulanger, *Autorité parentale et intérêt de l'enfant. Histoire, problématique, panorama comparatif et international*, Edilivre AParis, 2008, spéc. p. 218 et s.

²¹⁹⁵ Voir F. Dekeuwer-Défossez, L'enfant et la justice familiale, dans M.-T. Meulders-Klein (dir.), *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, LGDJ, 1997, pp. 560-576, spéc. p. 564.

²¹⁹⁶ R. Frank, Mariage et concubinage, réflexions sur le couple et la famille, dans *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, pp. 3-13, spéc. p. 11.

²¹⁹⁷ Voir *supra* n° 227.

²¹⁹⁸ Article 388-1 Code civil.

²¹⁹⁹ Loi du 8 janvier 1993.

²²⁰⁰ P. Murat, La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations, *Dr. fam.* 2006, n° 7-8, étude 31, pp. 11-14, spéc. p. 12.

²²⁰¹ Sur la question du contrôle de l'audition de l'enfant par le juge, voir A. Gouttenoire-Cornut, L'enfant et les procédures relatives à l'autorité parentale, *Dr. fam.*, 1998, n° 4, chron. n° 6, pp. 4-6, spéc. p. 5 ; P. Hilt, La loi du 4 mars 2002 : les juges ne suivent pas toujours, *AJ. fam.* 2003, n° 9, p. 288 et s.

²²⁰² J. Flauss-Diem, L'introduction de la « responsabilité parentale » en droit anglais, *LPA*, 1991, n° 94, pp. 38-46, spéc. p. 45.

²²⁰³ Pour la France, article 375 du Code civil.

assorti ce droit d'un droit à la désignation d'un représentant spécial²²⁰⁴ et d'un droit à être assisté par un avocat²²⁰⁵.

²²⁰⁴ France, administrateur ad hoc (loi du 8 janvier 1993, art. 389-3 Code civil). Voir T. Fossier, Vers un statut de l'administrateur ad hoc, *Dr. fam.* 1999, chron. n° 131 ; C. Neirinck, La dualité de régime de l'administrateur ad hoc des mineurs, *JCP. G.* 2000. I. 228. Royaume-Uni, guardian ad litem (Children Act 1989). Voir J. Flauss-Diem, L'introduction de la « responsabilité parentale » en droit anglais, *LPA*, 1991, n° 94, pp. 38-46, spéc. p. 45. Belgique, tuteur ad hoc (art. 378, al. 3 Code civil belge). Voir A. Gouttenoire, Dessine moi une procédure ou le statut procédural de l'enfant en Europe, dans D. Gadbin et F. Kernaleguen (dir.), *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, op. cit., pp. 321-333, spéc. p. 329.

²²⁰⁵ A. Gouttenoire, Dessine moi une procédure ou le statut procédural de l'enfant en Europe, dans D. Gadbin et F. Kernaleguen (dir.), *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, op. cit., pp. 321-333, spéc. p. 325. Voir également sur le Décret du 15 mars 2002, M. Huyette, la nouvelle procédure d'assistance éducative, *D.* 2002, chron. pp. 1433-1441, spéc. p. 1435 ; A. Gouttenoire, La réforme imparfaite de la procédure d'assistance éducative, *Dr. fam.* 2003, chron. n° 14.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

601. S'il fut un temps où l'on pouvait dire que les droits de l'homme et le droit de la famille étaient antinomiques dans le sens où les premiers intéressent l'individu tandis que le second concerne le groupe et impose certaines contraintes à l'individu membre de ce groupe²²⁰⁶, cette affirmation n'est plus d'actualité. L'insertion des droits fondamentaux dans la matière familiale n'est pas étrangère à ce changement. La fondamentalisation du droit de la famille a consacré « le triomphe du sujet »²²⁰⁷ et ainsi contribué à développer les « droits respectifs des membres de la famille dans leurs rapports entre eux »²²⁰⁸. Les principes fondamentaux d'égalité et de liberté ont introduit l'autonomie individuelle et l'autodétermination au sein de la famille²²⁰⁹.

602. Les principes fondamentaux font ainsi converger les droits nationaux de la famille vers un droit de plus en plus individualiste. Ce mouvement propice à l'épanouissement personnel des membres de la famille favorise les revendications d'un « droit absolu de mener la vie familiale de son choix »²²¹⁰ et contribue corrélativement à l'apparition de droits de la famille nationaux de plus en plus neutre à l'égard des différentes formes de famille (**chapitre 2**).

²²⁰⁶ A.-J. Arnaud, Philosophie des droits de l'Homme et droit de la famille, dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes du colloque organisé par le LERADP de l'Université de Lille II les 15 et 16 déc. 1994, L.G.D.J., 1996, pp. 3-25, spéc. p. 5.

²²⁰⁷ A.-J. Arnaud, Philosophie des droits de l'Homme et droit de la famille, dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes du colloque organisé par le LERADP de l'Université de Lille II les 15 et 16 déc. 1994, L.G.D.J., 1996, pp. 3-25, spéc. p. 5.

²²⁰⁸ A.-J. Arnaud, Philosophie des droits de l'Homme et droit de la famille, *art. préc.*, spéc. p. 6.

²²⁰⁹ M.-T. Meulders-Klein, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en occident. 1968-1998*, L.G.D.J., 1999, spéc. p.470.

²²¹⁰ B. Audit, Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain, dans *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 49-70, spéc. p. 51.

Chapitre 2

LE PLURALISME DU DROIT DE LA FAMILLE EUROPÉEN CONTEMPORAIN

603. Parce que les législateurs nationaux estimaient que l'équilibre social reposait avant tout sur la stabilité familiale, ils ne reconnaissaient juridiquement qu'un seul modèle familial, celui de la famille légitime. Du fait, notamment, de la fondamentalisation du droit de la famille et plus particulièrement de l'insertion des principes fondamentaux d'égalité et de liberté dans cette matière, les Etats européens ont réformé leur droit interne dans le sens de la reconnaissance juridique de nouveaux modèles de famille. Cette tendance a déjà touché la famille naturelle, ou encore dite dans certains Etats la famille hors mariage, et s'est majoritairement traduite par la suppression de toute distinction entre la famille légitime et la famille naturelle et par l'apparition d'un droit commun aux deux familles.

604. En reconnaissant les mêmes droits familiaux que les familles légitimes aux familles naturelles, les législateurs nationaux ont cessé de privilégier le mariage comme mode d'organisation de la vie de famille et ont corrélativement refusé d'imposer aux individus un modèle de famille. Cette neutralité des droits de la famille européens se poursuit à l'égard d'autres modèles de familles, tels que la famille homosexuelle (**section 1**) et la famille recomposée (**section 2**), dont la reconnaissance juridique est grandissante en Europe.

Section 1 : La reconnaissance juridique grandissante de la famille homosexuelle

605. On peut constater que la tendance des droits européens de la famille se caractérise par un traitement plus égalitaire²²¹¹ entre couples hétérosexuels et couples homosexuels. Ce mouvement égalitaire se manifeste non seulement par la reconnaissance juridique de l'homoconjugalité (§1), mais aussi de l'homoparenté et de l'homoparentalité (§2).

§1. La reconnaissance juridique de l'homoconjugalité

606. La tendance actuelle des législations nationales est à la reconnaissance juridique des couples homosexuels²²¹² au moyen de leur institutionnalisation (A), mais aussi par la reconnaissance progressive des mêmes droits familiaux que les couples hétérosexuels mariés, c'est-à-dire par une certaine assimilation des deux formes de couple en termes de droits (B).

A. L'institutionnalisation de l'homoconjugalité

607. L'institutionnalisation de l'homoconjugalité se traduit par la création du partenariat enregistré ou l'ouverture du mariage en faveur des couples homosexuels, c'est-à-dire par l'attribution d'un véritable statut juridique. Ce vaste mouvement de légitimation juridique du couple homosexuel a principalement été provoqué par le dialogue horizontal existant entre les divers États européens²²¹³. C'est par un effet de contagion du droit comparé que quinze États membre de l'Union européenne²²¹⁴ ont pris en considération les revendications des couples homosexuels par l'établissement d'un statut juridique destiné à organiser leur vie de couple sans pour autant leur accorder tous les droits issus du mariage. Il s'agit du partenariat enregistré. Ce concept, repris par le droit de l'Union européenne²²¹⁵ permet de regrouper

²²¹¹ M. Douris, La diversité des couples et l'unicité de la parenté : une évolution contenue du droit français de la famille, dans P. Boucaud, *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : Etude pluridisciplinaire*, Bruylant, 2009, pp. 13-58, spéc. p. 16.

²²¹² D. Borillo, Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne, (2001)46 *R.D. McGill*, pp. 875-922.

²²¹³ F. Granet, Convergences et divergences des droits européens de la famille, *art. préc.*, spéc. p. 9.

²²¹⁴ Danemark (1989), Suède (1994), Pays-Bas (1998), France (1999), Belgique (2001), Allemagne (2001), Portugal (2001), Finlande (2001), Luxembourg (2004), Royaume-Uni (2005), Slovénie (2006), République Tchèque (2006), Hongrie (2009), Autriche (2010) et Irlande (2011).

²²¹⁵ Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, COM (2011) 127/2.

l'ensemble des dénominations retenues par chaque Etat membre pour désigner cette nouvelle forme de conjugalité. En effet, si la France connaît le pacte civil de solidarité, le Royaume-Uni emploie le concept de partenariat civil, l'Allemagne de partenariat de vie et la Belgique de cohabitation légale.

608. C'est également par un effet d'entraînement²²¹⁶ que cinq Etats membres de l'Union européenne ont étendu le mariage aux couples homosexuels²²¹⁷. Quatre de ces Etats avaient d'ailleurs déjà créé le partenariat enregistré. Ainsi, seuls onze Etats membres de l'Union européenne ne reconnaissent pas encore l'union civile des couples homosexuels²²¹⁸. Le Réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux de l'Union européenne dénonçait, en 2005, cette absence de statut légal des couples homosexuels²²¹⁹. Une telle reconnaissance n'en est pas pour le moins exclue puisque la question demeure débattue au sein de ces Etats, conformément aux vœux formulés par le Conseil de l'Europe dans sa recommandation du 31 mars 2010²²²⁰ ou sa résolution du 29 avril 2010²²²¹. Elle a fait, notamment, l'objet de nombreux projets de loi en Italie²²²². Et le gouvernement grec a constitué, le 19 juillet 2010, un comité législatif chargé de lui soumettre, courant 2011, des propositions tendant à instituer un partenariat civil entre personnes de même sexe²²²³.

609. L'institutionnalisation des couples homosexuels consiste à « accorder des droits, des devoirs, et une protection étatique sur la base d'une reconnaissance de la prétention de ces

²²¹⁶ Voir *supra* l'exemple de l'Espagne, n° 326.

²²¹⁷ Pays-Bas (loi du 1^{er} avril 2001), Belgique (loi du 30 janvier 2003), Espagne (loi du 30 janvier 2003), Suède (loi du 1^{er} avril 2009), Portugal (loi du 8 janvier 2010).

²²¹⁸ Italie, Grèce, Chypre, Malte, Slovaquie, Lettonie, Lituanie, Estonie, Roumanie, Bulgarie et Pologne.

²²¹⁹ Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, Rapport relatif à la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2005 : conclusions et recommandations, p. 105. Consultable sur : http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf/report_eu_2005_fr.pdf

²²²⁰ Recommandation du Comité des ministres, Rec (2010)5 sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou sur l'identité de genre. Voir M. Bruggeman, Nouvelle recommandation pour lutter contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, *Dr. fam.* 2010, n° 5, Alerte n° 29, p. 4.

²²²¹ Résolution de l'Assemblée parlementaire 1728 (2010) relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre. Voir M. Bruggeman, Orientation sexuelle et identité de genre : les recommandations de l'Assemblée parlementaire, *Dr. fam.* 2010, n° 6, Alerte n° 37, p. 5.

²²²² Voir le texte du projet de loi dit DICO (Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi) de 2007, http://www.pariopportunita.gov.it/pari_Opportunita/UserFiles/comunicati.Stampa/dico.pdf; Voir également F. Marinoni, *La (non-)reconnaissance juridique des couples homosexuels en Italie : le cas du projet de loi Dico*, Mémoire de Master en Etudes Genre, Université de Genève, 2009. Consultable sur :

http://www.unige.ch/etudes_genre/Memoiresthesis/MemoiresMaster/Francesca_Marinoni_Memoire_Master.pdf

²²²³ <http://news.in.gr/greece/article/?aid=1231059487>

liens à valoir comme une forme légitime de couple et de vie commune »²²²⁴. Cette forme de couple est restée longtemps ignorée voire méprisée par la législation des Etats membres et ne disposait, dès lors, d'aucune légitimité sociale, pas même celle accordée aux unions de fait²²²⁵.

610. La reconnaissance formelle des couples homosexuels découle principalement du souci de répondre au principe d'égalité et de non-discrimination²²²⁶. Le titre de la loi allemande créant le « partenariat de vie » réservé exclusivement aux couples homosexuels est particulièrement évocatrice. Ce texte, adopté le 16 février 2001, s'intitule « Loi mettant fin à la discrimination à l'égard des concubinages homosexuels et instituant le partenariat enregistré »²²²⁷. L'exposé des motifs de la loi espagnole du 1^{er} juillet 2005 traduit explicitement la volonté du législateur de promouvoir, à travers la légalisation du mariage homosexuel, le respect du principe fondamental d'égalité consacré dans diverses dispositions constitutionnelles²²²⁸ et ainsi effacer les anciennes discriminations fondées sur l'orientation sexuelle²²²⁹. Les mêmes motivations ressortent clairement des intentions du gouvernement²²³⁰

²²²⁴ M. Roca i Escoda, *Mise en jeu et mise en cause du droit dans le processus de reconnaissance des couples homosexuels*, Thèse, Université de Genève, 2006, spéc. p. 1.

²²²⁵ Voir Cass. Soc., 11 juill. 1989 : *JCP.G.1990.II.21553*, concl. Dorwling-Carter ; *D.* 1990. 582, note P. Malaurie ; *JCP. G.* 1990. II. 21553, note Meunier. Voir également Civ. 3^e, 17 déc. 1997, *D.* 1998, juris, 111, concl. J.-F. Weber, note J.-L. Aubert ; *JCP. G.* 1998. II. 10093, note A. Djigo ; *Defr.* 1998, p. 404, note A. Bénabent ; *Dr. fam.* 1998, comm. n° 36, obs. H. Lécuyer ; *R.T.D. civ.* 1998, p. 347, obs. J. Hauser. La Cour de cassation a refusé d'étendre aux couples homosexuels les règles dont bénéficient les concubins en limitant la définition du concubinage aux unions de fait hétérosexuelles. B. Beigner, A propos du concubinage homosexuel, *D.* 1998, chron. 215. Pour un aperçu au Royaume-Uni, voir J. Flauss-Diem, *Couples de même sexe et famille*. Version anglaise (à propos de la décision Fitzpatrick du 28 octobre 1999), *Dr. fam.* 2000, n° 12, chron. n° 24, pp. 8-11. En Belgique, voir O. de Schutter et A. Weyembergh, *La cohabitation légale. Une étape dans la reconnaissance des unions entre personnes du même sexe ?*, *J.T.* 2000, n° 5955, pp. 93-106, spéc. p. 94.

²²²⁶ Concernant le Danemark voir notamment J.K.A. Dinesen, *L'initiative scandinave : le partenariat enregistré*, dans *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, pp. 419-424, spéc. p. 419. Voir également pour les Pays-Bas, J. Pousson-Petit, *L'attitude du législateur face aux concubinages aux Pays-Bas*, dans *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, pp. 473-492, spéc. p. 478 et H. Fulchiron, *La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas*, *JCP. G.* 2001, act., pp. 1033-1035, spéc. p. 1033. Pour la Belgique, voir J.-L. Renchon, *Les conjugalités en droit belge*, dans J. Flauss-Diem et G. Fauré (dir.), *Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, PUF, 2005, pp. 85-114, spéc. p. 101.

²²²⁷ « Gesetz zur Beendigung des Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften ». Voir E. Wenner, *Le partenariat enregistré en Allemagne : vers un mariage homosexuel*, dans J. Flauss-Diem et G. Fauré (dir.), *Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, PUF, 2005, pp. 57-65, spéc. p. 58.

²²²⁸ Articles 9.2, 10.1 et 14 de la Constitution espagnole. Voir F. Cadet, *La réforme du droit de la famille espagnol par les lois du 1^{er} et du 8 juillet 2005 : entre évolution et révolution*, *Dr. fam.* 2005, n° 12, *Etudes* n° 25, pp. 6-11, spéc. p. 7.

²²²⁹ Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho i contraer matrimonio, BOE n° 157, du 2 juillet 2005, p. 23632, spéc. II. Consultable sur : <http://www.boe.es/boe/dias/2005/07/02/pdfs/A23632-23634.pdf>

²²³⁰ Voir l'exposé des motifs du projecto de lei n° 14/XI Altera o Código Civil, permitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo du 15 octobre 2009, consultable sur : <http://portugalgay.pt/politica/parlamento07b.asp>

et du parlement portugais²²³¹ concernant l'adoption de la loi du 31 mai 2010 sur le mariage homosexuel²²³². A l'occasion de la présentation du projet de loi au Parlement, le Premier Ministre portugais a insisté sur le fait que cette réforme constitue une étape importante dans la lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle²²³³. En outre, selon le gouvernement britannique, la loi sur le partenariat civil permettant aux couples de même sexe d'obtenir une reconnaissance formelle de leur union a pour but de promouvoir l'égalité en créant une situation juridique nouvelle similaire, mais non identique au mariage²²³⁴.

La question de l'égalité a également présidé à l'élaboration de la loi sur le PACS en France. La loi du 15 novembre 1999 a, en effet, été adoptée dans une perspective d'égalité et de consécration du principe de non-discrimination en fonction de la sexualité²²³⁵. Au vu de l'exposé des motifs des différentes propositions de loi sur le PACS, l'objectif principal a été d' « assurer l'égalité de tous devant la loi quel que soit le mode de vie de chaque individu », « de progresser dans l'égalité conformément aux principes de la République en définissant de nouveaux modes d'organisation de la vie à deux », mais aussi « d'adapter le droit à l'évolution des mœurs tout en mettant fin aux injustices et discriminations touchant les couples »²²³⁶.

611. Ainsi peut-on dire que le principe fondamental d'égalité joue un rôle déterminant dans l'harmonisation progressive des droits européens de la famille en ce qui concerne la reconnaissance juridique des couples homosexuels. Il n'est question que d'harmonisation puisque les Etats européens ont réagi à des degrés divers. En effet, la mise en œuvre du principe d'égalité diffère d'un pays à l'autre étant donné que la reconnaissance juridique des couples homosexuels s'opère par l'établissement de statuts juridiques variés tant dans leur dénomination, que leur nature. Parmi les législations ayant ouvert les portes du droit aux

²²³¹ Voir la présentation du projet de loi par le député Miguel Almeida Vale de, consultable sur : <http://portugalgay.pt/politica/parlamento07f.asp>

²²³² Lei n° 9/2010, permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, Diário da Republica, n° 105, 31 de Maio de 2010, p. 1853.

²²³³ Allocution consultable sur <http://portugalgay.pt/politica/parlamento07e.asp>

²²³⁴ Voir Research Paper n° 04/65, The Civil Partnership Bill [HL]: the detail and legal implications, 8 sept. 2004, Consultable sur: <http://www.parliament.uk/briefing-papers/RP04-065.pdf>

²²³⁵ R. Cabrillac, Les réformes du droit de la famille et le PACS, *Dr. fam.* 2000, n° 6, chron. n° 13, pp. 4-6, spéc. p. 5.

²²³⁶ Voir la proposition de loi n° 94 enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 23 juillet 1997 ; la proposition de loi n° 880 enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 21 décembre 1993 ; Voir également l'avis n°1674 dans lequel M. le député Patrick Bloche affirme notamment que « ce changement montre la capacité de notre société à s'affranchir de certains de ses conservatismes et à progresser sur le chemin de l'égalité des droits en rompant des silences discriminatoires ».

couples homosexuels par le moyen du partenariat enregistré, on distingue les « partenariats institutionnels » et les « partenariats contractuels »²²³⁷.

Les partenariats-institutions sont réservés aux couples homosexuels et permettent une reconnaissance officielle dont les conditions et modalités sont « calquées sur celles du mariage »²²³⁸ et dont les effets juridiques sont très proches de ceux applicables au statut conjugal. Ce modèle a été initié par le Danemark, qui a inspiré les pays scandinaves²²³⁹, l'Allemagne, la Suisse et le Royaume-Uni. Les partenariats-contrats sont ouverts aux couples homosexuels et hétérosexuels et « sont destinés à donner un cadre juridique aux relations de couple entre deux cohabitants sur une base conventionnelle encadrée par la loi »²²⁴⁰. Les formalités et les effets attachés à ce type de partenariat diffèrent plus ou moins de ceux relevant du mariage. La France et la Belgique ont adopté ce modèle de partenariat, qui a été repris par la loi luxembourgeoise du 9 juillet 2004²²⁴¹.

B. L'assimilation aux couples hétérosexuels mariés

612. La mise en œuvre du principe fondamental d'égalité ne se réduit pas à la reconnaissance légale des couples homosexuels puisqu'elle se traduit également par une assimilation progressive de leur statut juridique avec celui des couples hétérosexuels mariés. Qu'il s'agisse des États ayant autorisé le mariage homosexuel ou des États qui ont seulement créé un partenariat enregistré, on peut constater un rapprochement du statut juridique des couples homosexuels de celui des couples hétérosexuels mariés. S'il est instantané chez les uns (1), il est graduel, c'est-à-dire se veut plus progressif, chez les autres (2).

²²³⁷ Distinction opérée par F. Granet-Lambrechts, La diversité des modes de conjugalité : panorama de droit comparé, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp. 3-21, spéc. p. 6.

²²³⁸ F. Granet-Lambrechts, La diversité des modes de conjugalité : panorama de droit comparé, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, op. cit., spéc. p. 7.

²²³⁹ Norvège, loi n° 40 du 30 avril 1993 ; Suède, loi du 23 juin 1994 ; Islande, loi du 4 juin 1996 et Finlande, loi de 2001 entrée en vigueur le 1^{er} mars 2002. M. Digoix, Scandinavie, Le concept nordique d'égalité entre différenciation et universalisme, dans V. Descoutures, M. Digoix, E. Fassin et W. Rault, *Mariages et homosexualités dans le monde, l'arrangement des normes familiales*, Autrement, 2008, pp. 18-33, spéc. p. 18.

²²⁴⁰ F. Granet-Lambrechts, La diversité des modes de conjugalité : panorama de droit comparé, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, op. cit., spéc. p. 16.

²²⁴¹ Sur l'influence du droit français sur le droit luxembourgeois, voir F. Granet-Lambrechts, Le mariage et les formes concurrentes de vie en couple en Europe, *R.D.C.* 2003, t. 53/1, pp. 107-133, spéc. p. 131.

1. L'assimilation instantanée

613. Les pays ayant admis le mariage homosexuel lui ont simultanément attribué un régime juridique comparable à celui du mariage hétérosexuel²²⁴². Les règles ayant trait aux conditions de formation et de dissolution du mariage ainsi que celles ayant trait aux effets patrimoniaux et personnels du mariage, à l'exception de la filiation et de l'autorité parentale, sont identiques à celles du mariage hétérosexuel²²⁴³. L'alinéa 2 de l'article 44 du Code civil espagnol est, à cet égard, particulièrement expressif puisqu'aux termes de cette disposition, « le mariage sera soumis aux mêmes conditions et aux mêmes effets, que les époux soient de même sexe ou qu'ils soient de sexe différent ».

614. Pour les autres Etats, le partenariat enregistré pourrait être qualifié de « quasi-mariage » puisque le régime juridique applicable est, à quelques exceptions près, pratiquement identique à celui du mariage. Ils confèrent en effet le plus souvent les mêmes attributs que le mariage²²⁴⁴. Par exemple, au Danemark et au Royaume-Uni, la comparaison des deux statuts fait apparaître une équivalence générale en ce qui concerne tant la communauté de biens, le devoir réciproque d'assistance, la vocation successorale, l'imposition fiscale, les avantages sociaux que le choix du nom de famille²²⁴⁵.

2. L'assimilation graduelle

615. En Allemagne (a) et en France (b), l'alignement se veut plus progressif. Le législateur accorde aux partenaires homosexuels des droits similaires à ceux bénéficiant aux couples mariés d'une manière plus échelonnée.

²²⁴² F. Brulé-Gadioux et E. Lamothe, Le mariage homosexuel en Europe, *Deffr.*, 30 avril 2005, n° 8, p. 647.

²²⁴³ Pour la Belgique, voir J.-L. Renchon, Les conjugalités en droit belge, dans J. Flauss-Diem et G. Fauré (dir.), *Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, PUF, 2005, pp. 85-114, spéc. p. 105 ; voir également du même auteur, L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge, *R.T.D. fam.* 2003, pp. 439-469, spéc. p. 453 et s.

²²⁴⁴ K. Waaldijk, Niveaux de conséquences juridiques du mariage, du partenariat enregistré, et de la cohabitation informelle pour les partenaires de sexe différent et de même sexe : une analyse comparative, dans K. Waaldijk et E. Fassin, *Droit conjugal et unions de même sexe. Mariage, partenariat et concubinage dans neuf pays européens*, PUF, 2008, pp. 9-47, spéc. p. 31.

²²⁴⁵ J. Flauss-Diem, Le *Civil Partnership* en droit anglais, dans J. Flauss-Diem et G. Fauré (dir.), *Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, PUF, 2005, pp. 67-84, spéc. p. 74 et s.

a. En Allemagne

616. Si la loi du 16 février 2001 a expressément²²⁴⁶ attribué aux couples homosexuels un statut proche de celui des couples hétérosexuels mariés en matière patrimoniale et personnelle²²⁴⁷, elle ne leur a pas accordé le même traitement fiscal et social. C'est la raison pour laquelle cette loi se limitait à une « assimilation superficielle », selon la doctrine allemande²²⁴⁸. Une loi du 15 décembre 2004 réformant le partenariat de vie a davantage rapproché le statut du partenariat de vie à celui du mariage, notamment en ce qui concerne le volet social, puisque les règles ayant trait à la répartition compensatrice des droits à pension entre partenaires en cas de dissolution du partenariat et celles relatives à la pension de veuf ont été calquées sur celles applicables au mariage. En matière fiscale, la Cour constitutionnelle allemande a jugé contraire à la Loi fondamentale la différence de traitement entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels en ce qui concerne la taxation des successions et a invité le législateur à modifier les textes dans le sens de l'égalité²²⁴⁹. Ce qu'il a fait dans la loi fiscale annuelle de 2010.

Par ailleurs, la CJUE, constatant un net rapprochement des statuts juridiques du partenariat de vie et du mariage, a condamné comme étant discriminatoire la différence de traitement entre le partenariat et le mariage en ce qui concerne l'attribution ou le calcul de certains droits sociaux, telles la pension de survie²²⁵⁰ et la pension complémentaire de retraite²²⁵¹. Elle a donc remis en cause les derniers points de différence entre les deux statuts juridiques en Allemagne. Ce qui dénote le poids du principe européen de non-discrimination dans l'évolution convergente du droit de la famille des Etats membres.

²²⁴⁶ Le législateur se fonde en effet sur les articles du Code civil allemand ayant trait au mariage pour ce qui concerne le devoir d'assistance mutuelle, le régime patrimonial, mais aussi les droits en matière de nationalité et de droit des étrangers.

²²⁴⁷ F. Granet, Concubinages, partenariats enregistrés et mariages entre homosexuels en Europe, dans *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, pp. 375-392, spéc. p. 380.

²²⁴⁸ E. Wenner, Le partenariat enregistré en Allemagne : vers un mariage homosexuel, dans J. Flauss-Diem et G. Fauré, *Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, PUF, 2005, pp. 57-65, spéc. p. 64.

²²⁴⁹ BVerfG, 17 août 2010, voir le communiqué de presse n° 63/2010, consultable sur : http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.rk20100817_1bvr258506.html

²²⁵⁰ CJCE, arrêt *Tadao Maruko*, 1^{er} avril 2008, aff. C-267/06, préc.

²²⁵¹ CJUE, arrêt *Römer*, 10 mai 2011, aff. C-147/08, préc.

b. En France

617. A l'inverse de l'Allemagne, le législateur français a souhaité opérer une nette distinction²²⁵² entre le mariage et le PACS en créant un régime propre à cette institution, la démarquant du mariage²²⁵³ tant en ce qui concerne la formation, les effets que la dissolution du PACS²²⁵⁴. Néanmoins, au gré des diverses réformes entreprises, la tendance est au rapprochement des deux institutions²²⁵⁵. En 2005²²⁵⁶, le législateur a aligné le régime fiscal des partenaires sur celui des conjoints en ce qui concerne l'impôt sur le revenu et a, en 2007, calqué l'imposition des libéralités des partenaires sur celle des époux²²⁵⁷.

618. La loi du 23 juin 2006²²⁵⁸ est l'instrument phare de la matrimonialisation²²⁵⁹ du PACS. Elle a modifié les modalités d'enregistrement du PACS en vue de le faire relever du domaine de l'état civil. Elle a réformé le régime juridique applicable au PACS et instauré une dimension personnelle qui rappelle celle du mariage²²⁶⁰ par l'introduction d'un devoir réciproque d'assistance et d'un devoir de cohabitation. Le régime primaire du PACS fait écho à celui du mariage. Il « est fabriqué à partir de trois pièces exportées de celui des époux »²²⁶¹. Le devoir d'aide matérielle réciproque proportionnelle aux facultés respectives des partenaires, tel qu'issu de l'article 515-4 du Code civil, rappelle, en effet, l'obligation de contribution aux charges du mariage de l'article 214 du Code civil.

L'architecture du régime patrimonial du PACS diffère du régime matrimonial puisque le régime légal retenu est celui de la séparation de biens des partenaires tandis que le régime

²²⁵² F. Dekeuwer-Défossez, PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé, *R.T.D. civ.* 2001, pp. 529-546, spéc. p. 540.

²²⁵³ O. Roy, Le partenariat civil d'un continent à l'autre, *RIDC*, 2002, pp. 759-786, spéc. p. 766 ; P. Simler et P. Hilt, Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage, *JCP. G. I.* 161, pp. 1495-1500, spéc. p. 1495.

²²⁵⁴ K. Waaldijk, Niveaux de conséquences juridiques du mariage, du partenariat enregistré, et de la cohabitation informelle pour les partenaires de sexe différent et de même sexe : une analyse comparative, dans K. Waaldijk et E. Fassin, *Droit conjugal et unions de même sexe. Mariage, partenariat et concubinage dans neuf pays européens*, PUF, 2008, pp. 9-47, spéc. p. 33.

²²⁵⁵ M. Douris, La diversité des couples et l'unicité de la parenté : une évolution contenue du droit français de la famille ?, dans P. Boucaud (dir.), *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, Bruylant, 2009, pp. 13-58, spéc. p. 23 et s ; V. Larribau-Terneyre, L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile. A propos de la loi du 23 juin 2006, *Dr. fam.* 2007, Etudes n° 1, pp. 9-15 ; P. Simler et P. Hilt, Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage, *JCP. G.* 2006. I. 161, pp. 1495-1500.

²²⁵⁶ F. Douet, L'aménagement de la situation fiscale des pacés par la loi de finances pour 2005, *D.* 2005. 1058.

²²⁵⁷ Sur la question, voir P. Malaurie, Le couple et le fisc, *Dr. fam.* 2011, n° 1, Etude n° 1.

²²⁵⁸ Loi n° 2006-728 portant réforme des successions et des libéralités. Voir H. Fulchiron, Le nouveau Pacs est arrivé !, *Defr.* 2006, art. 38471.

²²⁵⁹ B. de Boysson, *Mariage et conjugalité-essai sur la singularité matrimoniale*, thèse, Lyon 3, 2010.

²²⁶⁰ X. Labbée, Pacs : encore un tout petit effort !, *AJ fam.* 2007, n° 1, pp. 8-10, spéc. p. 8.

²²⁶¹ F. Sauvage, Le régime des biens des partenaires d'un pacte civil de solidarité au lendemain de la loi du 23 juin 2006, *R.L.D.C.*, 2007, Act. 2367, pp. 36-40, spéc. p. 37.

conventionnel est celui de l'indivision organisée. Malgré cette divergence fondamentale il convient néanmoins de relever que les dispositions relatives à la séparation des actifs des partenaires ressemblent à celles applicables au régime matrimonial²²⁶² conventionnel de séparation des biens des époux²²⁶³.

619. En termes d'avantages sociaux, le législateur a accordé, dès la création du Pacs, des droits semblables à ceux des époux, spécialement en matière de sécurité sociale et de prestations familiales²²⁶⁴. Il demeure néanmoins quelques exceptions, notamment en ce qui concerne la pension de réversion. Seul l'époux survivant en bénéficie. Une nouvelle voie vers la matrimonialisation du PACS devrait s'ouvrir puisque plusieurs propositions de loi ont déjà été déposées en vue d'étendre le bénéfice de cet avantage au partenaire survivant²²⁶⁵. L'arrêt rendu par la CJCE contre l'Allemagne dans l'affaire *Tadao Maruko* rend cette évolution indispensable puisqu'à l'instar de la législation allemande, le droit du PACS se rapproche de plus du régime juridique du mariage. Il convient, en outre, de relever que le Conseil d'État a invité le législateur à « tirer les conséquences réglementaires » de l'instauration du PACS par la loi en vue d'étendre aux partenaires certaines dispositions jusqu'alors réservées aux conjoints²²⁶⁶.

620. Ces avancées sont jugées insuffisantes par certains parlementaires, qui souhaitent aller plus loin sur le chemin de l'égalité en ouvrant le mariage aux couples de même sexe. Plusieurs propositions de loi ont été déposées dans ce sens sans aboutir à leur adoption. Ces propositions entendent parfaire l'égalité des couples en attribuant aux couples homosexuels les mêmes droits qu'aux époux hétérosexuels, à l'exception de ceux ayant trait à la

²²⁶² Art. 1536 et s. Code civil.

²²⁶³ Voir dans ce sens, F. Sauvage, Le régime des biens des partenaires d'un pacte civil de solidarité au lendemain de la loi du 23 juin 2006, *R.L.D.C.*, 2007, Act. 2367, pp. 36-40, spéc. p. 38 ; voir également Y. Delecraz, Le nouveau régime des biens dans le pacs, *AJ fam.* 2007, n° 1, pp. 12-15, spéc. p. 13 ; S. de Benalcazar, Eloge de la raison juridique, ou la remontée des enfers. Sur la réforme du régime légal du Pacs, *Dr. fam.* 2007, n° 1, Etude n° 2, spéc. § n° 5.

²²⁶⁴ L. Pécaut-Rivolier, Avantages et droits sociaux des pacsés, *AJ fam.* 2007, n° 1, pp. 20-22.

²²⁶⁵ Proposition de loi n° 2367 élargissant le droit à pension de réversion aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité et aux concubins notoires ; proposition de loi n° 251 visant à étendre le bénéfice du droit à pension de réversion aux couples liés par un pacte civil de solidarité et aux concubins notoires.

²²⁶⁶ CE, 28 juin 2002 : *D.* 2003, somm. 1941, obs. J.-J. Lemouland ; *R.T.D. civ.* 2002, p. 785, obs. J. Hauser. Voir également CE, 8 juillet 2005, *D.* 2006, p. 1422, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *R.T.D. civ.* 2005, p. 760, obs. J. Hauser.

filiation²²⁶⁷. L'égalité se réaliserait ainsi par l'attribution, non seulement d'une qualification juridique identique, celle de mariage, mais aussi d'un régime juridique quasi-semblable. En effet, l'inégalité naturelle des couples homosexuels face aux couples hétérosexuels en ce qui concerne la procréation oblige à amputer le mariage de son effet sur la filiation lorsqu'il est célébré entre deux personnes de même sexe.

Pourtant, la cohérence juridique²²⁶⁸ exige l'attribution d'une qualification juridique propre à chaque régime. La qualification juridique est « un outil essentiel de la pensée juridique, consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement »²²⁶⁹. Aussi, on ne peut attribuer une certaine nature juridique à une situation lorsqu'elle n'emporte pas tous les effets habituellement reconnus à cette catégorie juridique. Le raisonnement juridique ne saurait être bouleversé sous prétexte d'égalité. Ainsi, parce que l'union civile homosexuelle ne peut pas, par nature, avoir d'effet sur la filiation, qui est traditionnellement reconnu au mariage²²⁷⁰, mieux vaut donc lui attribuer une autre qualification juridique²²⁷¹.

L'égalité ne pouvant se traduire, dans cette hypothèse, en une uniformité des statuts, le choix d'une dénomination distincte aurait le mérite de respecter la conception historique du mariage tout en réalisant l'égalité de droits entre les couples. Cette solution serait d'autant plus louable que les députés opposés à l'ouverture du mariage aux couples homosexuels semblent davantage réfractaires à toute idée d'extension de la notion de mariage à cette forme d'union qu'à celle d'attribution des effets attachés au mariage²²⁷². Elle serait, en outre, conforme aux aspirations du Parlement européen qui émet notamment le vœu de voir supprimer l'« interdiction faite aux couples homosexuels de se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes »²²⁷³ ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour européenne

²²⁶⁷ Proposition de loi n° 586 de MM. Patrick Bloche, François Hollande, Jean-Marc Ayrault, Mme Annick Lepetit et M. Joël Giraud et plusieurs de leurs collègues visant à ouvrir le mariage aux couples de même sexe, déposée le 15 janvier 2008.

²²⁶⁸ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, op. cit., spéc. n° 189 et s. Selon l'auteur, « Le recours aux catégories juridiques permet de renforcer la rationalité et la cohérence du droit », spéc. n° 191.

²²⁶⁹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, op.cit., V° Qualification.

²²⁷⁰ Selon J. Carbonnier, « le cœur du mariage, ce n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité ». Conférence sur le mariage donnée à l'École Nationale de la Magistrature, le 1^{er} avril 1994.

²²⁷¹ Dans le même sens, voir J.-L. Renchon, *Mariage et homosexualité*, *J.T.* 2002, n° 6061, pp. 505-514, spéc. p. 513 et s.

²²⁷² Voir la discussion en séance publique de la proposition de loi n° 586 visant à ouvrir le mariage aux couples de même sexe, du 9 juin 2011.

²²⁷³ Résolution du Parlement européen sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne, 8 février 1994.

des droits de l'homme²²⁷⁴. Enfin, cette nouvelle dénomination permettrait de maintenir le PACS au bénéfice des couples hétérosexuels, qui sont nombreux à organiser juridiquement leur vie de couple sans pour autant vouloir relever du statut conjugal²²⁷⁵.

§2. La reconnaissance juridique de l'homoparenté et de l'homoparentalité

621. La tendance générale est à l'assimilation plus ou moins prononcée des partenaires ou époux homosexuels et des époux hétérosexuels en ce qui concerne les effets de la conjugalité. Cet alignement n'est pas absolu puisque la majorité des Etats refuse de faire produire des effets en matière de filiation et d'autorité parentale aux unions homosexuelles. Cette distinction repose sur une différence naturelle en matière de procréation. Même si la double filiation biologique est impossible pour les couples homosexuels, il existe diverses techniques scientifiques ou juridiques permettant de créer un « lien de filiation fictif »²²⁷⁶ ainsi qu'un lien de parenté à l'égard des deux époux, concubins ou partenaires²²⁷⁷. Il s'agit de la procréation médicalement assistée, de la gestation pour autrui et de l'adoption.

622. A l'exception du Portugal, les Etats ayant légalisé le mariage homosexuel ont levé le dernier obstacle à l'égalité²²⁷⁸ juridique civile entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels en autorisant, non seulement, l'adoption conjointe par des couples homosexuels, mais aussi le partage de l'autorité parentale entre les deux conjoints homosexuels en cas de recours autorisé à la procréation médicalement assistée ou à la maternité de substitution²²⁷⁹. Ils ont ainsi admis l'« homoparenté » et

²²⁷⁴ Cour EDH, arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche*, 24 juin 2010, § 108. Selon la Cour EDH, les Etats demeurent libres de n'ouvrir le mariage qu'aux couples hétérosexuels.

²²⁷⁵ 94% des PACS sont conclus par des couples hétérosexuels. Voir M. Lamarche, Des personnes, des familles et des chiffres pour un bilan démographique, *Dr. fam.* 2010, Alerte n° 6, p. 3.

²²⁷⁶ C. Neirinck, Le droit à une vie familiale pour les transsexuels et les homosexuels, dans J.-J. Lemouland et M. Luby (dir.), *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007, pp. 61-76, spéc. p. 67 et s.

²²⁷⁷ C. Neirinck, Le droit à une vie familiale pour les transsexuels et les homosexuels, dans J.-J. Lemouland et M. Luby (dir.), *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007, pp. 61-76, spéc. p. 68.

²²⁷⁸ Voir la déclaration du député danois, M. Simon Emil Ammitzboell, ayant déposé la proposition de loi relative à l'adoption homosexuelle : « C'est un grand pas de fait, et l'avant dernier obstacle qui est levé sur la voie de l'égalité entre les couples homosexuels et hétérosexuels ». Consultable sur :

http://www.lepost.fr/article/2009/03/17/1460593_danemark-l-adoption-autorisee-pour-les-couples-gays.html

²²⁷⁹ La Procréation médicalement assistée est ouverte aux couples homosexuels en Belgique, en Espagne, au Royaume-Uni, au Danemark et aux Pays-Bas. Voir l'étude de législation comparée du Sénat sur l'accès à l'assistance médicale à la procréation, LC n° 193, janvier 2009. La gestation pour autrui est autorisée ou tolérée au Royaume-Uni, en Grèce (P. Agallopoulou, La loi hellénique concernant les procréations médicalement assistées, *Dr. fam.* 2004, n° 5, Etude n° 11, pp. 11-13), en Belgique, au Danemark et au Luxembourg. Elle est donc prohibée dans la majorité des États européens. F. Granet-Lambrechts, Maternité de substitution, filiation et

l' « homoparentalité »²²⁸⁰. Les Etats ayant seulement créé un partenariat enregistré abordent avec beaucoup plus de frilosité ces questions. En effet, seuls l'Angleterre et le Danemark ont admis l'adoption conjointe par un couple homosexuel tandis que la Finlande et l'Allemagne²²⁸¹ offrent seulement la possibilité à l'un des partenaires d'adopter l'enfant biologique de son conjoint. Le partenaire homosexuel n'est pas reconnu en tant que parent et ne dispose d'aucun droit dans les autres Etats, y compris en France²²⁸².

623. Le législateur français a en effet expressément exclu toute incidence du Pacs sur la filiation et l'autorité parentale²²⁸³. La jurisprudence française tend néanmoins à reconnaître le rôle social et parental²²⁸⁴ du partenaire ou concubin homosexuel et établit progressivement un statut du second parent au sein de la famille homosexuelle. On peut constater, au gré des différentes décisions rendues par les juridictions françaises, une prise de conscience de la réalité de la famille homoparentale. Les juges du fond reconnaissent, notamment, le rôle parental exercé par la partenaire ou la concubine homosexuelle de la mère biologique en faisant jouer l'article 371-4 du Code civil à la suite d'une séparation. L'alinéa 2 permet, en effet, au JAF de maintenir des liens entre un enfant et un tiers, parent ou non de l'enfant si tel est l'intérêt de ce dernier. C'est sur le fondement de ce texte que les TGI de Bressuire et de Paris ont accordé un droit de visite, d'hébergement et de correspondance à l'ex-concubine ou partenaire de la mère biologique en raison des liens affectifs et éducatifs existant entre elle et l'enfant²²⁸⁵. Dans le même sens, le juge aux affaires familiales de Briey en Meurthe et

état civil. Panorama européen, *Dr. fam.* 2007, n° 12, Etude n° 34, pp. 9-10. Voir l'étude de législation comparée du Sénat sur la gestation pour autrui, LC n° 182, janvier 2008 et le rapport d'information d'Alain Milon et de Henri de Richemont, sénateurs, au nom du groupe de travail de la commission des affaires sociales et de la commission des lois du Sénat sur la maternité pour autrui, 25 juin 2008, consultable sur : <http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421-syn.pdf>

²²⁸⁰ Sur la distinction entre la parenté et la parentalité, voir H. Fulchiron, Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? Réflexions sur « l'homoparentalité », *AJ fam.* 2006, n° 11, pp. 392-395, spéc. p. 392. Selon l'auteur, la parenté renvoie à un lien de filiation tandis que la parentalité recouvre une fonction c'est-à-dire la prise en charge, la protection et l'éducation de l'enfant.

²²⁸¹ Loi du 15 décembre 2004.

²²⁸² Pour un aperçu général, voir F. Granet-Lambrechts, Parenté commune ou parentalité partagée dans les couples de même sexe-Panorama européen, *AJ fam.* 2006, n° 11, pp. 409-413. F. Millet, L'homoparentalité : essai d'une approche juridique, *Deffr.* 2005, doctr., art. 38153, p. 743.

²²⁸³ Voir Cons. Const. 9 nov. 1999, *D.* 2000, Somm., p. 424, obs. S. Garnéri ; *JCP.* G. 2000. I. 261, n° 15, 16, 17, 19, obs. Mathieu et Verpeaux. Voir également S. Bernigaud, PACS et filiation et H. Bosse-Platière, PACS et autorité parentale, dans *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, pp. 183-191 et 193-211.

²²⁸⁴ D. Vigneau, Aujourd'hui le rôle, demain le titre ?, note sous Cass. 1^{re} civ., 26 févr. 2006, *D.* 2006, juris., pp. 897-900, spéc. p. 900.

²²⁸⁵ TGI Bressuire, JAF, 6 janv. 2000 : *D.* 2000. IR., p. 88 ; *R.T.D. civ.* 2000, p. 313, obs. J. Hauser ; *JCP.G.* 2002, I, 101. TGI Paris, JAF, 28 avril 2011 : C. Mécery, *Le droit de visite et d'hébergement du parent homosexuel quand le couple se sépare*, Consultable sur : <http://avocats.fr/space/caroline.mecary/tag/nouveaux%20couple>

Moselle a accordé à l'ex-compagne de la mère biologique un droit de visite et d'hébergement un week-end sur deux et la moitié des vacances²²⁸⁶. Enfin, le juge aux affaires familiales d'Annecy a entériné l'accord trouvé par la mère d'une petite fille et sa compagne prévoyant une résidence alternée d'une semaine sur l'autre au domicile de chacune des deux femmes²²⁸⁷.

624. De nombreuses juridictions du fond ont, en outre, autorisé l'adoption simple d'enfants conçus par insémination artificielle par la compagne homosexuelle de la mère, alors liées par un PACS²²⁸⁸. En dépit de l'interdiction²²⁸⁹ en France du recours à la PMA par les couples homosexuels²²⁹⁰, les juges ont fondé leur décision sur l'existence de liens étroits et durables d'affection et d'éducation entre la requérante et les enfants de sa partenaire. Cette jurisprudence a été dénoncée par la Cour de cassation, dans deux arrêts du 20 février 2007²²⁹¹, en raison du transfert des droits de l'autorité parentale qu'opère une telle adoption au profit du partenaire adoptant. En d'autres termes, la Cour de cassation n'admet pas que la reconnaissance d'un lien de parenté du partenaire ou du concubin puisse se faire au préjudice de la parentalité de la mère biologique. Elle préfère, néanmoins, au lien de parenté une forme de parentalité qui n'efface pas celle de la mère biologique puisqu'elle a admis la délégation partage²²⁹² de l'autorité parentale à la partenaire de la mère de deux enfants dépourvus de

²²⁸⁶ TGI Briey, JAF, 21 octobre 2010 : *D.* 2011, p. 1060, note V. Bonnet; *R.T.D. civ.* 2011, p. 118, obs. J. Hauser.

²²⁸⁷ TGI Annecy, JAF, 1^{er} juillet 2010 : *AJ fam.* 2010, p. 435, obs. V. Avena-Robardet. Voir également TGI Nanterre, 14 déc. 2010 ayant maintenu une délégation-partage de l'autorité parentale entre deux concubines malgré leur séparation : *AJ fam.* 2011, n° 9, p. 426, obs. C. Siffrein-Blanc.

²²⁸⁸ TGI Paris, 27 juin 2001 : *JCP* 2002, I, 101, obs. J. Rubellin-Devichi ; *R.D.S.S.*, 2002, 121, note F. Monéger ; *D.* 2003, somm. 1941, note J.-J. Lemouland ; *Dr. fam.* 2001, comm. 116, note P. Murat ; TGI Clermont-Ferrand, 24 mars 2006, *AJ fam.* 2006, p. 245, obs. F. Chénéde ; CA Bourges (ch. civ.), 13 avril 2006 ; CA Amiens (ch. fam.), 14 févr. 2007 : *Dr. fam.* 2007, comm. n° 80, pp. 33-36, note P. Murat. Contra voir, CA Riom (2^e ch.), 27 juin 2006 : *G.P.* 15-16 sept. 2006, note Mécarry ; *Dr. fam.* 2006, comm. n° 204, obs. P. Murat ; *R.J.P.F.*, sept. 2006, p. 22.

²²⁸⁹ Voir sur la question du détournement des institutions, X. Labbé, *L'enfant du couple de lesbiennes*, *D.* 2007, pt de vue, pp. 2882-2883.

²²⁹⁰ Art. L. 2141-2 Code de la Santé publique.

²²⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2007 : *D.* 2007, jur. 1047, note D. Vigneau ; *AJ* . 2007, p. 721, obs. Delaporte-Carré ; *JCP*. G. 2007. II.10068, note C. Neirinck ; *R.T.D. civ.* 2007. 325, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2007, p. 182, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2007, comm. n° 80, pp. 33-36, note P. Murat. Voir Cons. Const., déc. 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC : JO 7 oct. 2010, p. 18154 : A. Gouttenoire et C. Radé, *L'adoption de l'enfant du concubin devant le Conseil constitutionnel*, *JCP*. G. 2010. 1145. Contra, Civ. 1^{re}, 8 juillet 2010 : *AJ fam.* 2010, p. 387, obs. A. Mirkovic, B. Haftel et C. Mécarry ; *D.* 2010, p. 1787, obs. I. Gallmeister ; *R.D.S.S.* 2010, p. 1128, note C. Neirinck ; *R.T.D. civ.* 2010, p. 547, obs. J. Hauser. Voir également CA Paris, 27 janvier 2011, . 2011, n° 3, p. 151, obs. N. Nord. *Adde* A. Bateau, *Le statut de l'enfant des homosexuel(le)s : hors l'intervention du Parlement, point de changements possibles (à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010)*, *LPA*, 2010, n° 239, p. 6.

²²⁹² Art. 377 du Code civil.

filiation paternelle, sous la condition que les circonstances et l'intérêt de l'enfant l'exigent²²⁹³. L'analyse des arrêts de 2006 et de 2007 permet ainsi d'affirmer qu'« il y a encore pour [la Cour de cassation] de la distance entre le "rôle" parental qu'attribue la délégation et le "titre" de parent que confère l'adoption »²²⁹⁴.

625. La solution de 2006, même si elle comporte un volet humain²²⁹⁵ important par la prise en considération de l'intérêt de l'enfant qui entretient des liens affectifs forts avec la partenaire de sa mère outrepassa la volonté législative²²⁹⁶. La réforme entreprise par la loi du 4 mars 2002 en faveur de la délégation totale ou partielle de l'autorité parentale visait à reconnaître la fonction de beau-parent au sein d'une famille recomposée à la suite d'une séparation, d'un divorce ou d'un décès. L'extension du bénéfice de cette mesure au partenaire de la mère biologique excède la volonté du législateur puisque, dans une telle hypothèse, l'enfant n'est pas né d'une précédente union. Aussi, le partenaire ne peut-être assimilé à un beau-parent.

Ainsi, la Cour de cassation s'est-elle retrouvée dans une situation délicate de conflit d'intérêt entre l'intérêt pratique de l'enfant en cause et l'intérêt théorique de l'enfant en général. En d'autres termes, elle a dû trancher entre une appréciation *in concreto* et une appréciation *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant. L'application de la délégation partage de l'autorité parentale semble, dès lors, opportune puisqu'elle établit un certain équilibre entre ces deux intérêts. Elle permet non seulement de satisfaire l'intérêt pratique de l'enfant en reconnaissant les liens qu'il entretient avec la partenaire sans pour autant admettre un véritable droit à l'enfant, faute de consécration de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

626. Plus récemment, le juge aux affaires familiales de Bayonne²²⁹⁷ a procédé à une interprétation audacieuse de l'article 377 du Code civil en accordant à une femme pacsée avec

²²⁹³ Cass. 1^{re} civ., 24 févr. 2006, Bull. civ. I, n° 101: *R.D.S.S.* 2006, 578, note C. Neirinck ; *D.* 2006, juris, 897, note D. Vigneau; *R.T.D. civ.* 2006, p. 297, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2006, 159, obs. F. Chénéde, *JCP.G.*2006.I.199, n° 16, obs. Rebourg ; *Dr. fam.* 2006, comm. n° 89, obs. P.Murat ; *D.* 2006.876, Point de vue, H. Fulchiron. Voir également TGI Nice, 8 juill. 2003, 7 avr. et 30 juin 2004 : *AJ fam.* 2004, p. 453, obs. F. Chénéde ; *JCP.G.*2005.I.116, n° 5, obs. J. Rubellin-Devichi ; CA Paris, 5 mai 2006, *AJ fam.* 2006, p. 333, obs. F. Chénéde. Contra : TGI Paris, 23 juin 2006, voir C. Mérary, Homoparentalité : protection de l'enfant, *AJ fam.* 2006, n° 11, pp. 398-401, spéc. p. 401. Cass 1^{re} civ., 9 mars 2011.

²²⁹⁴ D. Vigneau, Hier le rôle, le titre : pas encore !, note sous Cass. 1^{re} civ. (2 espèces), 20 févr. 2007, *D.* 2007, pp. 1047-1050, spéc. p. 1049.

²²⁹⁵ C. Neirinck, Une famille homosexuelle ?, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp. 143-158, spéc. p. 155.

²²⁹⁶ J. Sainte-Rose, Vers une reconnaissance de l'homoparentalité ?, *AJ fam.* 2006, n° 11, pp. 395-397.

²²⁹⁷ JAF, Bayonne, jugement du 26 octobre 2011.

une partenaire de même sexe l'autorité parentale conjointe sur les enfants mis au monde par cette dernière sans l'assortir de circonstances particulières, dont la Cour de cassation avait pourtant rappelé le caractère indispensable dans un arrêt du 8 juillet 2010²²⁹⁸. Le juge du fond a estimé qu'il était de l'intérêt des mineurs de consacrer juridiquement une situation de fait déjà bien établie.

627. Une évolution vers une assimilation est donc également palpable en matière de filiation et d'autorité parentale même si elle est moins prononcée que dans les autres domaines. La reconnaissance juridique de l'homoconjugalité est en effet plus répandue que la reconnaissance de l'homoparentalité. L'Europe a encore beaucoup de chemin à parcourir avant d'atteindre la voie de l'égalité en termes de reconnaissance de la famille homoparentale et de la famille hétéroparentale²²⁹⁹. L'évolution jurisprudentielle de la Cour EDH en ce qui concerne l'extension du droit à la vie familiale aux couples homosexuels risque néanmoins de précipiter le mouvement puisque la Cour EDH a reconnu non plus seulement le couple homosexuel, mais aussi la famille homosexuelle²³⁰⁰. Cependant, le « paradigme suprême »²³⁰¹ de l'égalité ne pourra pas se traduire, en la matière, par une identité parfaite des statuts juridiques.

²²⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, n° 09-12623, Bull., 2010, I, n° 158.

²²⁹⁹ Expressions empruntées à L. Chamberland, E. Jouvin et D. Julien, Les familles recomposées homoparentales et hétéroparentales, *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 16, n° 1, 2003, pp. 94-112.

²³⁰⁰ Cour EDH, arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche*, 24 juin 2010, préc.

²³⁰¹ P. Martens, Egalité et transcendance. Quand la broyeuse égalitaire se heurte au rempart du sacré, *J.L.M.B.*, 2002, pp. 775-790.

Section 2 : La reconnaissance juridique grandissante des familles recomposées

628. Pour qu'il y ait famille recomposée, il faut qu'une première famille se soit « décomposée »²³⁰². En d'autres termes, il faut qu'une union d'où sont nés un ou plusieurs enfants ait été rompue du fait d'une séparation ou d'un divorce ou cessé du fait du décès de l'un des époux, concubins ou partenaires. Ensuite, il faut que chacun des parents ou l'un d'entre eux ait construit un nouveau couple avec une autre personne. Ces cas de figure se sont multipliés du fait de la libéralisation du divorce en Europe et se voient attribuer diverses dénominations telles familles reconstituées, familles éclatées, secondes familles²³⁰³ ou familles greffées²³⁰⁴.

« Ces constellations familiales issues d'unions successives [...] sont demeurées longtemps comme invisibles en France et dans la plupart des pays européens »²³⁰⁵. Elles sont désormais au centre des préoccupations des législateurs nationaux. La tendance actuelle est, en effet, à la reconnaissance juridique des familles recomposées. L'évolution observée au niveau supranational en ce qui concerne la définition de la vie familiale n'est sans doute pas étrangère à ce phénomène²³⁰⁶. La protection des liens familiaux de fait a été consacrée par la Cour EDH²³⁰⁷, qui a retenu une conception large de la notion de vie familiale en combinant le critère de l'effectivité du lien avec celui des apparences, faute de lien de parenté²³⁰⁸. Cette protection est transposable²³⁰⁹ aux relations de fait qui s'établissent au sein des familles

²³⁰² I. Corpart, Les familles recomposées décomposées, *AJ fam.* 2007, n° 7/8, pp. 299-302.

²³⁰³ F. Dekeuwer-Défossez, Familles éclatées, familles reconstituées, *D.* 1992. chron. 133.

²³⁰⁴ S. Troisvalets, L'autorité parentale dans les familles recomposées, *LPA*, 2000, n° 94, p. 12-22, spéc. p. 14.

²³⁰⁵ M.-T. Meulders-Klein et I. Théry, Avant-propos, dans M.-T. Meulders-Klein et I. Théry (dir.), *Quels repères pour les familles recomposées ?*, L.G.D.J., 1995, spéc. p. 7. Pour un exemple en droit allemand, voir R. Frank, Le statut juridique de l'enfant d'un autre lit en droit allemand, dans M.-T. Meulders-Klein et I. Théry (dir.), *Quels repères pour les familles recomposées ?*, *op.cit.*, pp. 157-176.

²³⁰⁶ Dans ce sens F. Granet-Lambrechts, Les préoccupations dominantes dans les législations européennes actuelles en matière d'autorité parentale, dans F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (Eds), *L'autorité parentale en question*, Presses universitaires du Septentrion, 2003, pp. 189-218, spéc. p. 217.

²³⁰⁷ Arrêt *X, Y, Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997 : *JCP.G.1998.I.107*, chron. F. Sudre ; *D.* 1997. 582, note S. Grataloup.

²³⁰⁸ F. Sudre, Rapport introductif, La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale, dans F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, pp. 11-54, spéc. p. 22.

²³⁰⁹ F. Sudre, La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale, dans F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, pp. 11-54, spéc. p. 35. Une telle transposition est d'autant plus louable que selon l'auteur, la notion de vie familiale « semble recouvrir un " ensemble relationnel " aux contours incertains ». Elle paraît encore plus probable au vu de la jurisprudence de la Cour EDH relative à la reconnaissance d'un droit au mariage entre un beau-père et sa belle-fille. Cour EDH, arrêt *B. et L. contre Royaume-Uni*, 13 septembre 2005 : *JCP. G.*

recomposées entre l'enfant né d'un premier lit et son beau-parent²³¹⁰. Ce dernier, parce qu'il partage la vie du parent chez qui l'enfant réside habituellement, est amené à cohabiter durablement avec l'enfant et corrélativement à se comporter et à être perçu dans les actes de la vie quotidienne comme le parent de l'enfant.

629. Depuis l'arrêt *Marckx*, la Cour EDH fait peser sur les Etats l'obligation d' « agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale »²³¹¹. L'existence d'une vie familiale au sein de la famille recomposée implique donc l'obligation pour les Etats européens de prendre des mesures vouées, non seulement à faciliter la vie quotidienne de ces familles, mais aussi à préserver les liens tissés en leur sein²³¹². Ainsi que l'a relevé Mme Meulders-Klein, « l'article 8, conjugué ou non avec l'article 12, a pour but de protéger l'intimité et l'unité familiales, au sens de la vie commune dans ou hors mariage, le droit à l'établissement de la filiation et les effets qui en découlent, le droit aux relations personnelles ainsi que l'exercice des droits parentaux contre les ingérences injustifiées de l'État »²³¹³. Les Etats européens ont déjà pris conscience de cette nécessité en reconnaissant juridiquement le rôle du beau-parent au sein de la famille recomposée (§1) sans pour autant établir un statut global propre aux familles recomposées (§2).

§1. La prise en compte du rôle du beau-parent au sein de la famille recomposée

630. On entend souvent par « beau-parent », le conjoint, c'est-à-dire, la personne qui a épousé le parent avec lequel l'enfant issu d'un premier lit réside. Faute pour certaines législations de faire la différence entre conjoint, partenaire ou concubin, il convient de retenir une définition plus large, celle de la personne qui partage la vie du parent avec lequel l'enfant issu d'une première union réside. La question du beau-parent a souvent été abordée de manière péjorative au sein des droits nationaux de la famille²³¹⁴. Les législateurs sont en effet

2006.I.109, n° 11, chron. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2005, n° 11, comm. n° 234, note A. Gouttenoire et M. Lamarche ; *R.T.D. civ.* 2005, p.735, obs. J. Hauser et p. 758, chron. J.-P. Marguénaud.

²³¹⁰ Dans ce sens, voir N. Gallus, *Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge*, *R.J.T.*, 2010, n° 44, pp. 145-162, spéc. p. 157.

²³¹¹ Arrêt *Marckx*, 13 juin 1979, préc., §31.

²³¹² A. Gouttenoire, Les droits et obligations découlant de la vie familiale, dans J.-J. Lemouland et M. Luby (dir.), *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007, pp. 77-86.

²³¹³ M.-T. Meulders-Klein, Égalité et non-discrimination en droit de la famille, le rôle des juges, *R.T.D.H.* 2003, pp. 1185-1202, spéc. p.1197.

²³¹⁴ J. Rubellin-Devichi, L'attitude du droit face aux secondes familles, *Dialogue*, 1987, n° 37, p. 26 et s.

intervenues en vue de protéger les enfants du premier lit d'un point de vue patrimonial²³¹⁵. L'appréhension de cette question a évolué au gré des mœurs et notamment de la banalisation de cette situation²³¹⁶. Dans la plupart des Etats européens, les réformes entreprises ont amélioré la situation du beau-parent en lui reconnaissant un rôle positif²³¹⁷ au sein de la famille recomposée. Les législateurs sont en effet non seulement intervenus en vue d'associer le beau-parent à l'éducation des enfants issus d'une première union (A), mais aussi en vue de protéger les liens affectifs entre l'enfant et le beau-parent (B).

A. L'association du beau-parent à l'éducation de l'enfant

631. L'éducation de l'enfant relève traditionnellement de l'autorité parentale. Elle est ainsi intimement liée à la filiation, c'est-à-dire à la parenté. La multiplication des familles recomposées et des questions pratiques qu'elles engendrent dans la gestion de la vie quotidienne de l'enfant a soulevé de nombreuses réflexions de la part des législateurs européens en ce qui concerne le rôle du beau-parent en matière d'éducation. Les dispositifs mis en place dans divers Etats européens ont établi une certaine liaison entre l'exercice de l'autorité et la parentalité sociale²³¹⁸. Ils reconnaissent ainsi le rôle du beau-parent dans l'éducation de l'enfant, mais cette reconnaissance intervient « à des degrés divers et dans des conditions variables »²³¹⁹. Si pour les uns, la participation du beau-parent à l'éducation de l'enfant demeure soumise à une décision judiciaire, pour d'autres elle peut-être automatique ou soumise à un accord de volonté.

632. En France, l'article 376 du Code civil énonce le principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale, mais admet plusieurs tempéraments dont la réalisation demeure soumise à une décision judiciaire. Il s'agit notamment de la « délégation-transfert » d'autorité parentale et de la « délégation-partage »²³²⁰. Le beau-parent peut bénéficier de cette dernière mesure en

²³¹⁵ H. Fulchiron, La transmission des biens dans les familles recomposées, *Defr.* 1994, art. 35853, pp. 833-856, spéc. p. 836 et s.; F. Lucet, Familles éclatées, familles reconstituées : les aspects patrimoniaux, *Defr.* 1991, art. 35028, pp. 513-536.

²³¹⁶ M. Rebourg, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, Thèse, Lyon 3, 1996.

²³¹⁷ H. Fulchiron, Le droit français face au phénomène des recompositions familiales, dans M.-T. Meulders-Klein et I. Théry (dir.), *Quels repères pour les familles recomposées ?*, L.G.D.J., 1995, pp. 121-139, spéc. p. 123. Voir également J. Rubellin-Devichi, L'attitude du droit face aux secondes familles, *Dialogue*, 1987, 3^e trim., pp. 26-39, spéc. p. 36.

²³¹⁸ D. Fenouillet, La parentalité en question : la parenté éprouvée, *LPA*, 24 mars 2010, n° 59, pp. 7-17, spéc. p. 7.

²³¹⁹ Etude de législation comparée du Sénat, n° 196, Le statut du beau-parent, avril 2009.

²³²⁰ Expressions empruntées à F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7^e Ed., 2005, spéc. n° 1081.

tant que tiers²³²¹. Même si aucune disposition du Code civil ne fait référence spécialement au beau-parent²³²², les travaux législatifs et débats parlementaires²³²³ ouvrent expressément le bénéfice de ces mesures aux beaux-parents. L'article 377 du Code civil permet aux parents de saisir le juge ensemble ou séparément afin que celui-ci prononce la délégation totale ou partielle de l'exercice de l'autorité parentale à un proche digne de confiance lorsque les circonstances l'exigent. L'alinéa 2 de l'article 377-1 du Code civil prévoit la possibilité pour le juge aux affaires familiales de prononcer un partage de l'autorité parentale entre le ou les parents de l'enfant et un tiers délégataire pour répondre aux besoins d'éducation de l'enfant. Ce dernier dispositif a le mérite de permettre la participation du beau-parent à l'éducation de l'enfant sans priver les parents de leurs prérogatives d'autorité parentale. Sa mise en œuvre est nécessairement soumise à l'accord du ou des parents exerçant l'autorité parentale. Cette délégation-partage peut concerner tant les actes usuels que les actes graves puisqu'elle demeure soumise à la présomption d'entente de l'article 372-2 du Code civil²³²⁴. En effet, chacun est réputé agir avec l'accord des autres pour les actes usuels et l'accord des parents est indispensable pour les actes graves²³²⁵.

633. La démarche judiciaire qu'imposent ces deux dispositifs a été jugée peu satisfaisante par la défenseure des enfants et la mission d'information de l'Assemblée Nationale sur la famille et les droits de l'enfant²³²⁶, qui auraient préféré une démarche conventionnelle²³²⁷. Corrélativement, le gouvernement a élaboré en 2009 un avant-projet de loi relatif à l'autorité

²³²¹ Voir rapport F. Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, rapport au Garde des Sceaux, janvier 1999, spéc. Première partie, chapitre II, Section 3, SS2, B, 2, b. ; M. Rebourg, La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune. État du droit positif, *AJ fam.* 2007, n° 7/8, pp. 290-294, spéc. p. 291 ; B. Beignier, Beau-parent ou tiers ?, *Dr. fam.* 2009, n° 6, Repère n° 6 ; S. Moracchini-Zeidenberg, *Dr. fam.* 2010, n° 4, Etude n° 7.

²³²² M.-C. Rivier, L'introuvable statut du beau-parent, dans F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (Eds), *L'autorité parentale en question*, Presses universitaires du Septentrion, 2003, pp. 177-185, spéc. p. 177.

²³²³ Voir notamment le rapport Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, janv. 1999. Voir également le compte-rendu intégral des débats parlementaires de l'Assemblée Nationale relatifs à la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale, 1^{re} séance du 14 juin 2001, J.O.A.N. du vendredi 15 juin 2001, n° 44.

²³²⁴ A. Gouttenoire, La prise en charge de l'enfant d'autrui, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp. 165-176, spéc. p. 174.

²³²⁵ A. Gouttenoire-Cornut et P. Murat, L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant, *Dr. fam.* 2003, n° 1, chron. n° 1, pp. 4-7, spéc. p. 7.

²³²⁶ Critique formulée dans le cadre de rapports remis respectivement au Gouvernement en novembre et janvier 2006 : Rapport 2006 de la Défenseure des enfants, *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs très forts avec lui*, La Documentation française, nov. 2006 ; P. Bloche et V. Pécresse, Rapports au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants, Doc. AN., rapport n° 2832, 25 janvier 2006, La Documentation française, février 2006.

²³²⁷ Dans le même sens, voir M. Rebourg, La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune. État du droit positif, *AJ fam.* 2007, n° 7/8, pp. 290-294, spéc. p. 292.

parentale et aux droits des tiers en vue, notamment, de permettre le partage conventionnel de l'exercice de l'autorité parentale avec un tiers sous réserve d'une homologation judiciaire. Il faut reconnaître que ce système avait le mérite d'assurer un contrôle de l'intérêt supérieur de l'enfant. Pourquoi soustraire au contrôle du juge des arrangements relatifs à l'éducation de l'enfant alors que dans le cadre d'un divorce, les conventions portant sur l'autorité parentale sont soumises à homologation judiciaire. Aussi, même si la formule conventionnelle s'avère plus souple, elle ne peut être exclusive de toute intervention judiciaire.

A peine envisagé, ce projet a été abandonné à la suite du rapport « Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers » présenté au Gouvernement par le député Jean Leonetti en Octobre 2009²³²⁸. Ce dernier a en effet déclaré le partage conventionnel de l'autorité parentale inadapté aux recompositions familiales nées d'une séparation et facteur de conflits²³²⁹. On peut en outre s'interroger sur l'opportunité d'une réforme puisque la pratique judiciaire révèle la rareté des procédures tendant à la délégation-transfert ou partage de l'autorité parentale ainsi que la faiblesse du contentieux lié à l'éducation de l'enfant par le beau-parent²³³⁰. En effet, la procédure conventionnelle risque de demeurer tout aussi méconnue que la procédure judiciaire actuelle ou laisser indifférent la majorité des personnes concernées, à l'instar de la loi du 4 mars 2002 sur le nom de famille.

634. Aussi, pour qu'une réforme de la matière soit véritablement efficace et facilite réellement la vie quotidienne des familles recomposées, il faudrait adopter des règles d'application automatique sans intervention judiciaire telles que celles adoptées dans d'autres Etats européens. Une telle mesure devrait être limitée aux actes de la vie courante, dits actes usuels. Pour ces actes, le beau-parent serait ainsi présumé avoir l'accord du ou des parents exerçant l'autorité parentale à l'égard des tiers de bonne foi. Cette mesure aurait le mérite de transcrire juridiquement une réalité factuelle sans remettre en cause le principe de coparentalité. En effet, le parent exerçant l'autorité parentale sans résider habituellement avec l'enfant conserverait, d'une part, la faculté de saisir le juge afin de remettre en cause un acte usuel consenti par le beau-parent et, d'autre part, le droit de voir son accord obligatoirement sollicité pour les actes graves. En d'autres termes, le rôle reconnu au beau-parent n'entraînerait aucun changement dans les prérogatives du parent ne résidant pas avec l'enfant. En outre, celles du parent résidant habituellement avec l'enfant ne seraient pas non plus

²³²⁸ Rapport consultable sur www.ladocumentationfrancaise.fr

²³²⁹ Rapport Leonetti préc., spéc. p. 74.

²³³⁰ Rapport Leonetti préc., spéc. p. 71.

affectées puisqu'il disposerait également, en théorie, de la faculté de contester l'acte usuel entrepris par son conjoint, son partenaire ou son concubin, même si en pratique une telle hypothèse serait aussi rare que dans une « première famille »²³³¹. En d'autres termes, le beau-parent serait titulaire d'un mandat légal l'autorisant à agir à la place de son conjoint, concubin ou partenaire en ce qui concerne les actes usuels²³³².

635. En Allemagne, au Danemark et aux Pays-Bas, la reconnaissance juridique du rôle éducatif du beau-parent est limitée à l'hypothèse où un seul des parents exerce l'autorité parentale. La loi allemande relative au partenariat enregistré²³³³ accorde seulement au beau-parent, conjoint ou partenaire du parent titulaire de l'autorité parentale, une autorité parentale réduite. Elle lui permet seulement de décider conjointement avec le parent exerçant l'autorité parentale des questions relevant de la vie quotidienne. Le droit danois permet, depuis 1985, aux parents biologiques de transférer l'autorité parentale au couple reconstitué par celui qui exerce seul l'autorité parentale. L'accord conclu doit être communiqué à l'administration locale et conduit ainsi au partage de l'autorité parentale entre le parent biologique seul titulaire légal de l'autorité parentale et son conjoint ou concubin. Aux Pays-Bas, la reconnaissance juridique des familles recomposées a conduit à la création d'un nouveau concept applicable depuis le 1^{er} janvier 1998, celui de l'autorité commune, qui désigne l'exercice conjoint de l'autorité parentale par le parent exerçant seul l'autorité parentale et son conjoint, concubin ou partenaire. Cette autorité doit être accordée par décision judiciaire sur saisine des couples recomposés. Elle est soumise à de nombreuses conditions : l'exercice de l'autorité parentale par un seul des deux parents pendant au moins trois ans au moment de la demande, l'éducation de l'enfant par le couple recomposé depuis au moins un an, l'existence de relations personnelles étroites entre l'enfant et le beau-parent et enfin la préservation de l'intérêt de l'enfant.

636. En Angleterre et aux Pays de Galles, le beau-parent peut obtenir reconnaissance juridique de son rôle éducatif par le biais de diverses techniques. Le Children Act de 1989 permet au beau-parent de faire reconnaître judiciairement son rôle. Ce texte prévoit que le

²³³¹ Expression empruntée à H. Fulchiron, L'autorité parentale dans les « secondes familles », *LPA*, 1997, n° 118, p. 21 et s., spéc. p. 21. L'auteur oppose en effet les premières familles, c'est-à-dire, celles dont le ménage est constitué d'enfants et de leurs parents légaux, et les secondes familles, assimilées aux familles recomposées, c'est-à-dire constituées d'enfants vivant avec l'un de leurs parents légaux et leur beau-parent.

²³³² Pour un avis contraire, voir A. Mirkovic, Un statut pour le « beau-parent » ?, *D.* 2008. chron., pp. 1709-1713, spéc. p. 1709.

²³³³ Loi entrée en vigueur le 1^{er} août 2001.

beau-parent peut s'adresser en tant que tiers au tribunal compétent afin que celui-ci lui octroie une ordonnance de résidence²³³⁴, qui lui attribue automatiquement l'exercice de l'autorité parentale sans priver les parents de leurs prérogatives. Une loi de 2002 relative à l'adoption et aux enfants a introduit dans le Children Act de 1989 la possibilité pour le beau-parent, conjoint ou partenaire, d'acquérir l'exercice partagé de l'autorité parentale par le biais d'un accord conclu avec le ou les parents titulaires de l'autorité parentale.

637. En Espagne, une loi aragonaise du 27 décembre 2006 relative aux droits des personnes prévoit l'attribution automatique de l'exercice partagé de l'autorité familiale au beau-parent lorsque celui-ci assume spontanément les charges liées à l'éducation de l'enfant. Ce partage de l'autorité parentale accorde au beau-parent les mêmes droits et devoirs qu'aux parents à l'égard de l'enfant.

638. En Belgique, aucune disposition du Code civil ne prévoit la possible intervention du tiers beau-parent dans l'éducation de l'enfant. Constatant un tel vide juridique, la Cour constitutionnelle belge, alors dénommée Cour d'arbitrage²³³⁵, a jugé injustifiée la différence de traitement entre les enfant vivants avec leurs deux parents et ceux résidants habituellement au sein du ménage constitué par un seul de ses parents et son beau-parent et a invité le législateur à préciser sous quelles conditions et selon quelle procédure l'autorité parentale pourrait-être étendue, dans l'intérêt de l'enfant, à des personnes sans lien de filiation avec l'enfant²³³⁶. Corrélativement, diverses propositions de lois ont été déposées en vue d'attribuer des droits et des devoirs au beau-parent par la création d'un statut de la parenté²³³⁷ ou de la parentalité sociale sans avoir encore fait l'objet de débats parlementaires²³³⁸.

B. Le maintien des liens affectifs entre l'enfant et le beau-parent

639. L'enfant peut entretenir une relation personnelle très proche avec le beau-parent qui partage sa vie quotidienne. Cette relation peut-être plus ou moins importante en fonction des

²³³⁴ S. M. Cretney, *Les familles recomposées en droit anglais*, dans M.-T. Meulders-Klein et I. Théry (dir.), *Quels repères pour les familles recomposées ?*, op. cit., pp. 141-155, spéc. p. 151.

²³³⁵ C.A., 8 oct. 2003, arrêt n° 134/2003. Consultable sur le site de la Cour constitutionnelle belge: <http://www.const-court.be>

²³³⁶ Voir le § B.7. de l'arrêt du 8 oct. 2003. J.-L. Renchon, *Vers l'octroi de l'autorité parentale à des beaux-parents ?*, note sous Cour d'arbitrage, 8 oct. 2003, *R.T.D. fam.* 2004, pp. 190-201.

²³³⁷ J.-L. Renchon, *Parenté sociale et adoption homosexuelle, quel choix politique ?*, *J.T.* 2005, n° 6170, pp. 125-132.

²³³⁸ C. Herbrand, *L'impasse de la pluriparentalité au niveau légal : analyse du projet de « parenté sociale » en Belgique*, *Enfances, Familles, Générations*, 2011, n° 14, pp. 26-50, spéc. p. 28.

circonstances qui entourent l'apparition d'une famille recomposée. Les liens affectifs sont d'autant plus forts entre l'enfant et le beau-parent, lorsque la recombinaison fait suite au décès de l'un des parents. L'affection apportée par le beau-parent se substitue en effet à celle du parent disparu. Les liens affectifs entre l'enfant et le beau-parent sont moins intenses lorsque les parents de l'enfant se sont séparés. Le beau-parent joue seulement un rôle additionnel²³³⁹ puisque le parent qui n'a pas la garde de l'enfant est censé poursuivre ses relations et ses fonctions parentales en vertu du principe de coparentalité.

640. Quelle que soit l'intensité des liens affectifs, les législateurs nationaux sont désormais attachés à reconnaître leur réalité en assurant leur préservation, notamment lorsque la famille recomposée se décompose à son tour. Une telle mesure a été prise en droit de la famille français par le moyen de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale qui a modifié l'alinéa 2 de l'article 371-4 du Code civil en vue de permettre au juge aux affaires familiales de fixer les modalités des relations entre l'enfant et un tiers si tel est l'intérêt de l'enfant. Ce droit au maintien des relations personnelles entre l'enfant et son ex beau-parent bénéficie tant à l'un qu'à l'autre, mais son exercice est limité par l'intérêt de l'enfant.

Dans le même sens, la législation allemande relative au droit de l'enfance²³⁴⁰ a reconnu un droit de visite à l'ex beau-parent lorsque celui-ci a vécu un certain temps avec l'enfant et à la condition que cela soit conforme à l'intérêt supérieur et au bien-être de l'enfant²³⁴¹. En Belgique, la loi du 13 avril 1995 a inséré l'article 375 Bis au sein du Code civil belge en vue de reconnaître à toute personne justifiant de liens particuliers d'affection avec le mineur le droit d'entretenir des relations personnelles avec ce dernier.

641. Il faut néanmoins reconnaître qu'un tel droit s'avère d'application périlleuse lorsqu'on constate qu'il est déjà difficile de maintenir les relations personnelles entre l'enfant et le parent qui ne réside pas habituellement avec l'enfant ou qui a perdu l'exercice de l'autorité parentale. La priorité habituellement accordée aux liens de filiation voudrait donc que le maintien des relations personnelles entre l'enfant et son ex beau-parent ne vienne pas limiter les possibilités pour le parent de voir son enfant. En d'autres termes, l'intérêt de l'enfant doit

²³³⁹ M. Rebourg, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune*, État du droit positif, *AJ fam.* 2007, n° 7/8, pp. 290-294, spéc. p. 290.

²³⁴⁰ § 1685, al. 2 BGB tel que modifié par les lois de 1997 et 1998 entrées en vigueur le 1^{er} juillet 1998.

²³⁴¹ F. Granet, *La législation allemande relative aux soins parentaux*, consultable sur : <http://www.cdpf.u-strasbg.fr/APallmgn.htm>

constituer le critère déterminant l'équilibre à établir entre le maintien des relations personnelles avec le parent n'exerçant pas l'autorité parentale et l'ex beau-parent.

§2. L'absence de statut global propre aux familles recomposées

642. Les dispositifs adoptés par les législateurs nationaux visent essentiellement à organiser les relations personnelles entre l'enfant et le beau-parent au sein des familles recomposées sans établir un véritable statut spécialement applicable à la famille recomposée²³⁴². Au-delà des rapports personnels, il pourrait en effet être opportun de régir les rapports patrimoniaux au sein des familles recomposées, telles les questions relatives à l'obligation alimentaire ou à la succession en vue d'établir une certaine cohérence entre les effets civils, sociaux et fiscaux de la famille recomposée. En d'autres termes, la famille recomposée mériterait de faire l'objet d'une réflexion beaucoup plus globale²³⁴³.

643. Parce que la contribution financière apportée à l'entretien de l'enfant par le beau-parent ne trouve aucun fondement juridique semblable à celui applicable aux parents, elle est corrélativement assimilée à une obligation naturelle. Le beau-parent s'expose dès lors à la novation de cette obligation naturelle en obligation civile et corrélativement à être contraint de poursuivre cette contribution alimentaire alors même que la famille reconstituée s'est désagrégée. Aussi, dans un souci de sécurité juridique pour le beau-parent serait-il opportun de légiférer en la matière²³⁴⁴. Une telle intervention serait d'autant plus pertinente que les droits social, fiscal et pénal font produire des effets juridiques à la recomposition familiale²³⁴⁵. Quelle cohérence y-a-t-il à reconnaître les effets sociaux de la famille recomposée sans reconnaître aussi ses effets civils ?

²³⁴² S. Cadolle, *Être parent, être beau-parent. La recomposition de la famille*, Odile Jacob, 2000, spéc. p. 109. L'auteur parle d' « institutionnalisation incomplète ». Voir également, J. Sosson, *Réflexions de droit comparé sur les secondes familles*, *LPA*, 1997, n° 121, p. 29.

²³⁴³ Sur l'idée qu'aucune législation n'organise « globalement » le statut de ce modèle familial, voir J. Sosson, *Le statut juridique des familles recomposées en Europe : quelques aspects de droit comparé*, dans *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Nathan, 1993, pp. 299-312, spéc. p. 299.

²³⁴⁴ Voir dans ce sens, D. Bourgault-Coudeville et F. Delecourt, *Les familles recomposées : aspects personnels, aspects alimentaires*, dans *Les recompositions familiales aujourd'hui*, op. cit., pp. 257-279, spéc. p. 274 et s.

²³⁴⁵ Voir dans ce sens S. Troisvalets, *L'autorité parentale dans les familles recomposées*, *art. préc.*, spéc. p. 20; H. Fulchiron, *Enfants et beaux-parents : droit et non droit dans la famille*, *Dialogue*, 1987, 3^e trim., pp. 40-49, spéc. p. 42 ; M.-C. Rivier, *Les secondes familles et le droit des obligations alimentaires*, *LPA*, 1997, n° 121, p.8.

644. La succession *ab intestat* reposant sur le lien de filiation ou d'alliance, l'enfant n'a pas vocation à succéder légalement à son beau-parent. Faute d'une telle possibilité, il serait opportun de permettre au beau-parent de léguer par testament une partie de son patrimoine dans des conditions fiscales aussi avantageuses qu'une succession *ab intestat*²³⁴⁶ avec une possibilité de révocabilité dans l'hypothèse où le couple recomposé viendrait à se déliter. Une telle mesure a déjà été adoptée en Belgique. Les régions ont en effet assimilé, sous certaines conditions, le lien de beau-parenté au lien de parenté en ligne directe pour la détermination du taux des droits de succession²³⁴⁷.

645. Une telle mesure aurait, en outre, le mérite de limiter l'intérêt de l'établissement d'une filiation mensongère ou adoptive entre l'enfant et le beau-parent, qui pourrait avoir des conséquences douloureuses au moment de la séparation du couple recomposé²³⁴⁸ si le beau-parent venait à contester son lien de filiation ou à demander la révocation de l'adoption simple pour motifs graves²³⁴⁹. En effet, en l'absence de véritable statut juridique, les familles recomposées ont recherché une solution à leurs problèmes dans le droit de l'adoption ou la reconnaissance complaisante de l'enfant. Ces procédés sont, à l'exception de l'adoption simple, fortement décriés dans la mesure où l'un contrevient au principe de la vérité de la filiation et l'autre, l'adoption plénière, évince les parents biologiques par l'effacement du lien de filiation d'origine.

646. L'intérêt de l'enfant appellerait en outre un éclaircissement législatif sur la question de la prise en charge de l'enfant par le beau-parent à la suite du décès du parent avec lequel résidaient l'enfant et le beau-parent, particulièrement lorsque des enfants sont nés de cette seconde famille²³⁵⁰. Le maintien des relations entre l'enfant et ses demi-frères et demi-sœurs justifierait cette prise en charge. Néanmoins, l'intérêt de l'enfant devrait être pris en compte

²³⁴⁶ H. Fulchiron, La transmission des biens dans les familles recomposées : entre trop de droit et pas de droits, dans M.-T. Meulders-Klein et I. Théry (dir.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, op. cit., pp. 281-298, spéc. p. 297.

²³⁴⁷ Décret flamand du 21 décembre 2001, ordonnance bruxelloise du 20 décembre 2002 et le décret wallon du 22 octobre 2003.

²³⁴⁸ L. Brunet, Heurs et malheurs de la famille recomposée en droit français, dans M.-T. Meulders-Klein et I. Théry (dir.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, op. cit., pp. 229-255, spéc. p. 252 et s.

²³⁴⁹ En France, l'article 370 CC prévoit la possibilité pour l'adoptant ou l'adopté la possibilité de révoquer l'adoption simple en justifiant de motifs graves. La recevabilité de la demande formulée par l'adoptant est soumise à la condition supplémentaire que l'enfant soit âgé de plus de quinze ans.

²³⁵⁰ Voir dans ce sens H. Fulchiron, Autorité parentale et familles recomposées, dans *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, L.G.D.J., 1994, pp. 141-163, spéc. p. 154 et s.

afin d'établir un partage équilibré de la prise en charge entre le parent survivant et le beau-parent.

647. Si les Etats sont encore réticents à l'adoption d'un tel statut c'est particulièrement en raison de la diversité des situations de recomposition et de la difficulté d'appréhender toutes ces figures au sein d'un seul corps de règles²³⁵¹. Réserver un tel statut aux familles recomposées par le mariage serait discriminatoire à l'égard des autres modèles de recomposition²³⁵². Néanmoins, l'élaboration d'un tel statut ne présente d'intérêt qu'à l'égard des familles recomposées présentant une certaine stabilité. Ainsi, dans une optique d'égalité entre les familles reconstituée tant sur la base d'un mariage, que d'un partenariat ou d'un concubinage, il serait opportun de soumettre l'application de ce statut à la double condition de l'existence d'une vie commune d'une durée plus ou moins longue et de l'implication effective du beau-parent dans la vie quotidienne de l'enfant depuis une certaine durée.

648. L'élaboration d'un statut propre aux secondes familles semble justifiée, en revanche, celle d'un statut comparable à celui des premières familles n'est pas nécessaire. La situation d'un enfant résidant avec ses deux parents et celle d'un enfant résidant au sein d'un ménage constitué de l'un de ses parents et d'un beau-parent n'est pas comparable. Ainsi, la jurisprudence européenne supranationale selon laquelle deux situations semblables ne sauraient faire l'objet d'un traitement distinct n'est pas applicable en la matière et ne saurait donc exiger de la part des législateurs nationaux l'établissement d'un statut de la famille recomposée identique à celui de la première famille²³⁵³. En tout état de cause, les liens de parenté étant plus stables et solides que les liens de parentalité, une différence de traitement entre les deux situations juridiques est amplement justifiée. En d'autres termes, la célèbre formule « À chacun sa famille, à chacun son droit »²³⁵⁴, empruntée au doyen Carbonnier, trouve pleinement à s'appliquer.

²³⁵¹ Voir dans ce sens, F. Dekeuwer-Défossez, Du « statut du beau-parent » aux « droits des tiers » : réflexions critiques sur un texte controversé, À propos de l'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et le droit des tiers, *R.L.D.C.*, 2009, n° 60, pp. 55-58, spéc. p. 55.

²³⁵² I. Corpart, Les enfants à l'épreuve des recompositions familiales : un point de vue juridique, *Recherches familiales*, 2007, n° 4, pp. 35-46, spéc. p. 46.

²³⁵³ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2011, 10^e éd., spéc. n° 184. Selon l'auteur « distinguer n'est pas discriminer ».

²³⁵⁴ J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, Defrénois, 2^e Ed., 1995, spéc. 185.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

649. La liberté induite par la garantie supranationale du droit au respect de sa vie privée et familiale trouve sa traduction dans les droits internes de la famille à travers la consécration juridique du pluralisme des familles²³⁵⁵. La reconnaissance juridique progressive, mais en cours, de la famille homosexuelle et de la famille recomposée permet d'en témoigner. Les droits européens de la famille sont ainsi teintés de neutralité dans la mesure où ils ne s'adressent non plus seulement aux familles légitimes hétérosexuelles, mais intéressent aussi les familles hors mariage, les familles désunies, les familles homosexuelles et les familles recomposées.

650. En revanche, cette neutralité ne peut, nécessairement, se traduire par une assimilation des diverses figures familiales. Le libéralisme, qui imprègne les droits nationaux de la famille ne saurait, en effet, induire un égalitarisme à outrance. Une telle hypothèse tendrait à bouleverser le sens des institutions traditionnelles de la famille, telles le mariage ou la filiation. Il suffit de s'en remettre au changement de définition du mariage qu'a impliqué l'ouverture de cette institution aux couples homosexuels en Espagne et en Belgique pour en rendre compte²³⁵⁶. Sans bousculer la signification des institutions traditionnelles de la famille, on peut constater que la reconnaissance de la famille homosexuelle ou de la famille recomposée nécessite une révision des bases traditionnelles d'organisation des relations

²³⁵⁵ J.-J. Lemouland, Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ?, *D.* 1997. Chron. 133 ; E. Roman, Le lien de famille : unicité ou pluralité ?, *Labyrinthe*, 2001, n° 10, pp. 39-52 ; O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris-Ouest, 2011 ; F. Dekeuwer-Défossez, À propos du pluralisme des couples et des familles, *LPA*, 28 avril 1999, n° 84, p. 29.

²³⁵⁶ Le projet de loi belge est ainsi motivé : « Dans notre société contemporaine, le mariage est vécu et ressenti comme une relation entre deux personnes ayant pour but principal la création d'une communauté de vie durable. Le mariage offre aux deux partenaires la possibilité d'affirmer au grand jour leur relation et les sentiments qu'ils ont l'un pour l'autre. Les mentalités ayant évolué – aujourd'hui le mariage sert essentiellement à extérioriser et à affirmer la relation intime de deux personnes et perd son caractère procréatif – il n'y a plus aucune raison de ne pas ouvrir le mariage aux personnes de même sexe ». Exposé des motifs, Doc. parl., Chambre, session 2001-2002, n° 1692/001, p. 4. C. Herbrand, Les mutations du mariage et de la parenté, dans V. Descoutures, M. Digoix, E. Fassin et W. Rault, *Mariages et homosexualités dans le monde, l'arrangement des normes familiales*, Autrement, 2008, pp. 34-44, spéc. p. 36.

familiales en admettant qu'elles ne reposent plus seulement sur le mariage et la filiation, mais aussi sur la conjugalité et la parentalité²³⁵⁷.

²³⁵⁷ Voir dans ce sens, G. Willems, Evolution contemporaine du droit de la famille en Europe, dans J. Besson et M. Galtier, *Mes papas, mes mamans, et moi ? La place de l'enfant dans les nouvelles parentalités*, Érès, 2007, pp. 71-89, spéc. p. 88.

CONCLUSION DU TITRE 2

651. Il n'existe manifestement pas de modèle familial européen²³⁵⁸. Les familles en Europe, qui demeurent régies par des droits distincts, bénéficient néanmoins de l'harmonisation, c'est-à-dire d'une évolution convergente des droits. Les droits nationaux de la famille européens poursuivent les mêmes valeurs promues par les ordres juridiques européens supranationaux²³⁵⁹. L'égalité et la liberté sont les plus marquantes. On peut donc affirmer que l'entreprise de rapprochement des droits nationaux de la famille procède de l'émergence « d'une véritable culture juridique et judiciaire commune »²³⁶⁰ en Europe. Ces standards européens d'égalité et de liberté contribuent progressivement à façonner un tronc commun aux droits européens de la famille marqué par l'individualisme et le pluralisme. Ce tronc commun ne relève pas d'une unification des règles nationales, mais repose plutôt sur l'application des mêmes dénominateurs, tels que la répartition équilibrée des rôles entre l'homme et la femme au sein du couple, la promotion de l'autonomie de la volonté dans l'organisation des relations familiales, la protection de l'intérêt de l'enfant et de ses droits et la reconnaissance juridique des divers schémas familiaux.

²³⁵⁸ H. Fulchiron, Existe-t-il un modèle familial européen ?, art. préc.

²³⁵⁹ J. Pousson-Petit, La famille en droit comparé européen, *Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, 1998, t. XLVI, pp. 119-134, spéc. p. 134.

²³⁶⁰ B. Fauvarque-Cosson et W. van Gerven, La convergence des droits en Europe, *LPA*, 2007, n° 79, pp. 63-81, spéc. p. 63.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

652. Les objections traditionnelles, liées au fait que le droit de la famille entretient des relations si étroites avec les coutumes, l'histoire et la culture nationales que toute entreprise de rapprochement serait inexorablement voué à l'échec, ne tiennent plus. S'il existe bien un droit international privé européen de la famille, il n'y a pas encore de droit européen de la famille comparable au dit droit européen des contrats, faute d'harmonisation maximale et compte-tenu de l'autonomie normative dont dispose les Etats dans la mise en œuvre des principes fondamentaux européens. En effet, le rapprochement des droits nationaux de la famille en Europe est une réalité à géométrie variable. L'eupéanisation du droit de la famille n'a pas abouti à une unification détachée des traditions et des valeurs nationales. La coordination européenne, qui repose sur une uniformisation additionnelle du droit international privé de la famille, et l'harmonisation européenne, qui s'opère sur un tronc commun de valeurs partagées, sont en effet des techniques de rapprochement du droit respectueuses de la diversité des règles. La devise de l'Union européenne, « unis dans la diversité », semble ainsi s'appliquer au droit de la famille en Europe²³⁶¹.

653. Ce rapprochement des droits nationaux de la famille procède du rapprochement des divers ordres juridiques européens. L'enchevêtrement des sources nationales et supranationales alimente la coordination et l'harmonisation des droits européens de la famille puisque les droits européens supranationaux insufflent les valeurs et objectifs fondamentaux dans les droits nationaux, tandis que ces derniers inspirent les autorités normatives de chaque pays dans la mise en œuvre des principes fondamentaux européens.

²³⁶¹ Y. Favier, La famille et l'Europe : la concurrence des droits dans la vie privée et familiale, *Recherches familiales*, 2008/1, n° 5, pp. 79-94.

Conclusion générale

655. Le droit de la famille n'est plus une matière essentiellement nationale. L'eupéanisation du droit de la famille est une réalité qu'il ne convient plus de rejeter ou d'ignorer. L'heure n'est donc plus à la contestation de ce phénomène, mais plutôt à l'analyse de ses origines et de son étendue. Cette eupéanisation du droit de la famille est l'expression d'un double rapprochement, celui des sources et celui du fond du droit de la famille.

656. Les sources du droit de la famille sont plurielles. Elles sont d'ordre interne, mais aussi externe. Les sources eupéennes, qu'elles soient textuelles ou jurisprudentielles, jouent un rôle de plus en plus important dans l'évolution du droit de la famille. Elles comportent une triple dimension, celle du droit du Conseil de l'Europe, celle du droit de l'Union eupéenne et celle du droit comparé eupéen. Le système pyramidal de Kelsen pourrait réduire l'articulation de ces diverses sources à un rapport hiérarchique vertical alimentant dès lors le spectre d'une « dénationalisation »²³⁶² du droit de la famille.

Ces inquiétudes doivent être dissipées puisqu'on a pu relever que la production du droit de la famille repose sur une dynamique réciproque verticale et horizontale²³⁶³. Le droit de la famille se construit en effet sur la base additionnelle d'échanges croisés entre, d'une part, le Conseil de l'Europe et l'Union eupéenne, d'autre part, les droits eupéens supranationaux et les droits eupéens nationaux, et enfin, les divers droits nationaux. On peut ainsi affirmer que la construction du droit de la famille relève davantage du système de réseau développé par MM. F. Ost et M. van de Kerchove²³⁶⁴.

657. L'enchevêtrement des diverses sources eupéennes a engendré un climat dialectique propice au rapprochement substantiel des droits nationaux de la famille. Le droit eupéen

²³⁶² F. Werro, La dénationalisation du droit privé dans l'Union eupéenne, dans F. Werro (dir.), *L'eupéanisation du droit privé : vers un Code civil eupéen ?*, Editions universitaires de Fribourg, 1998, pp. 3-25, spéc. p. 4.

²³⁶³ Voir dans ce sens en ce qui concerne le droit privé, W. van Gerven, Bringing (Private) Laws closer to each other at the european level, dans F. Cafaggi (dir.), *The institutional framework of european private law*, Oxford, 2006, p. 37.

²³⁶⁴ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

supranational puisant ses racines dans les droits nationaux, les sensibilités nationales sont apaisées et les États européens sont davantage ouverts à l'intégration de nouveaux principes et valeurs dans leur droit interne de la famille. L'imprégnation culturelle, historique et sociale du droit de la famille ne permet pas l'effacement des sensibilités nationales et empêche un rapprochement par la voie de l'unification. Le respect de la diversité des droits nationaux de la famille commandant des techniques de rapprochement moins ambitieuses, la coordination et l'harmonisation ont été préférées. Si le rapprochement des droits nationaux de la famille présente des degrés variables, c'est parce que les objectifs poursuivis diffèrent. La coordination répond davantage à une logique de circulation des droits tandis que l'harmonisation puise son essence dans la fondamentalisation des droits.

Ces finalités sont louables puisqu'elles servent l'intérêt personnel de l'individu: l'une en assurant la libre circulation du statut familial des citoyens européens, l'autre en protégeant les droits fondamentaux de chaque membre de la famille. L'eupéanisation du droit de la famille se veut donc humaniste, mais elle se veut également très libérale²³⁶⁵. Elle tend en effet à promouvoir la reconnaissance juridique des divers schémas familiaux soit par mimétisme²³⁶⁶, soit par une application excessive du principe de non-discrimination. Cette tendance libérale de l'harmonisation et de la coordination comporte néanmoins une limite, celle du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant et de ses droits.

658. Même si le rapprochement des sources normatives et jurisprudentielles européennes est le principal facteur favorisant la coordination et l'harmonisation des droits nationaux de la famille en Europe, il convient de souligner que la reconnaissance des situations individuelles créées à l'étranger y participe également puisqu'elles ont une incidence sur les droits européens.

659. Le rapprochement des droits nationaux de la famille n'est pas abouti. Il s'opère progressivement au gré de l'évolution des sensibilités et spécificités nationales, qui peuvent parfois faire échouer ou ralentir le processus de coordination ou d'harmonisation. Faute d'unité culturelle familiale des États, l'élaboration d'un droit européen de la famille semble encore relever de l'impossible sans pour autant être utopique. L'eupéanisation à l'œuvre de la matière, pourtant considérée comme étant réfractaire à toute internationalisation, rend un tel

²³⁶⁵ H. Fulchiron, Existe-t-il un modèle familial européen ?, *art. préc.*, spéc. p. 1472.

²³⁶⁶ Ibidem, spéc. p. 1474 ; voir également J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1995, spéc. p. 182.

projet envisageable. Il pourrait s'agir essentiellement d'une uniformisation additionnelle du fond du droit de la famille destinée à faciliter l'organisation des relations familiales des familles transnationales. Une telle prospective est d'autant plus permise que l'Union européenne a déjà formulé ce vœu en ce qui concerne les régimes matrimoniaux²³⁶⁷. Les enjeux liés à la libre circulation des citoyens européens et la coordination européenne mettent en concurrence les systèmes juridiques nationaux²³⁶⁸, qui, par un phénomène de « contagion par inoculation »²³⁶⁹, adoptent les modèles juridiques nationaux les plus libéraux et renforce ainsi le processus d'harmonisation du fond du droit de la famille, qui pourrait faire évoluer la culture juridique des Etats européens vers davantage d'unité et ainsi aboutir à une véritable uniformisation de la matière en Europe. Aussi n'est-il pas trop avant-gardiste d'affirmer que s'il devait y avoir une uniformisation européenne du droit matériel de la famille, elle serait moins l'œuvre du droit européen supranational que des droits européens nationaux ?

²³⁶⁷ Livre vert sur le règlement des conflits de lois en matière de régime matrimonial, traitant notamment de la question de la compétence judiciaire et de la reconnaissance mutuelle, COM (2006) 400final. Selon les propos tenus par la commission européenne en 2006, « une harmonisation des règles de droit matériel n'[était] pas envisageable pour le moment ». Cette formule laisse donc supposer que l'Union européenne la prévoit pour plus tard.

²³⁶⁸ Y. Favier, La famille et l'Europe : la concurrence des droits dans la vie privée et familiale, art. préc.

²³⁶⁹ Formule empruntée à P. Murat, Individualisme, libéralisme, légistique, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, op. cit., pp. 237-243, spéc. p. 242.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

Aubert J.-L.

- *Introduction en droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 2010, 13^e éd.

Audit B. et D'Avout L.

- *Droit international privé*, Economica, 2010, 6^e éd

Beignier B.

- *Manuel de droit des régimes matrimoniaux. Exercices de liquidation*, PUF, 2003

Bénabent A.

- *Droit civil : la famille*, Litec, 2010

Bergé J.-S. et Robin-Olivier S.

- *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe*, PUF, 2011, 2^eéd.

Bergel J.-L.

- *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2004, 4^e éd.

Blumann C. et Dubouis L.

- *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2010, 4^eéd.

Bonnet V.

- *Droit de la famille*, Paradigme, 2011, 3^e éd.

Boulouis J.

- *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Montchrestien, 1997, 6^eéd.

Buffelan-Lanore Y. et Larribau-Terneyre V.

- *Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 2011, 17^e éd.

Bureau D. et Muir-Watt H.

- *Droit international privé*, t. I, PUF, 2010, 2^e éd.

Carbonnier J.

- *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004

Colombet C.

- *La famille*, PUF, 1999, 6^eéd.

Combacau J. et Sur S.

- *Droit international public*, Montchrestien, 2010, 9^e éd.

Cornu G.

- *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 2006, 9^e éd.

Cuniberti G.

- *Grands systèmes de droit contemporains*, L.G.D.J., 2011, 2^e éd.

David R. et Jauffret-Spinosi C.

- *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 2002, 11^e éd.

De Page H.

- *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome 1, Bruylant, 1962

Dupuy P.-M. et Kerbrat Y.

- *Droit international public*, Précis Dalloz, 2010, 10^e éd.

Fallon M.

- *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, 2002

Laithier Y.-M.

- *Droit comparé*, Dalloz, 2009

Legeais R.

- *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Litec, 2008, 2^e éd.

Leleu Y.-H.

- *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 2005

Loussouarn Y. , Bourel P. et de Vareilles-Sommières P.

- *Droit international privé*, Précis Dalloz, 2007, 9^e éd.

Malaurie P. et Fulchiron H.

- *La famille*, Defrénois, 2011, 4^eéd.

Malinvaud P.

- *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 2011, 13^eéd.

Mayer P. et Heuzé V.

- *Droit international privé*, Montchrestien, 2010, 10^e éd.

Niboyet M.-L. et de Geouffre de la Pradelle G.

- *Droit international privé*, L.G.D.J., 2011, 3^e éd.

Pertek J.

- *Droit des institutions de l'Union européenne*, PUF, 2011, 3^eéd.

Rigaux F.

- *Les personnes, t.1- Les relations familiales*, Larcier, 1971

Rigaux F. et Fallon M.

- *Droit international privé*, Larcier, 2005, 3^e éd.

Sudre F.

- *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2011, 10^e éd.

Terré F. et Fenouillet D.

- *Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 2005, 7^e éd.

Terré F. et Simler P.

- *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 2011, 6^e éd.

OUVRAGES SPÉCIAUX

Akandji-Kombé J.-F. et Leclerc S.

- *La Charte sociale européenne*, Bruylant, 2001

Beck U.

- *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, 2003

Benoît-Rohmer F. et Klebes H.

- *Le droit du Conseil de l'Europe : vers un espace juridique paneuropéen*, Conseil de l'Europe, 2005

Bernard C.

- *La paternité en droit français*, La Mouette, 2002

Bonfils P. et Gouttenoire A.

- *Droit des mineurs*, Dalloz, 2008

Bonnecase J.

- *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de la famille : ses destinées dans le droit civil contemporain*, E. de Boccard, 1928, 2^e éd.

Boulanger F.

- *Droit civil de la famille, Aspects comparatifs et internationaux*, t. II, Economica, 1994
- *Autorité parentale et intérêt de l'enfant. Histoire, problématique, panorama comparatif et international*, Edilivre AParis, 2008

Braibant G.

- *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001

Brouwers J.-C.

- *La nouvelle loi sur le divorce*, Kluwer, 2007

Burban J. -L.

- *Le Conseil de l'Europe*, PUF, QSJ, 1993, 2^e éd.

Cadolle S.

- *Être parent, être beau-parent. La recomposition de la famille*, Odile Jacob, 2000

Candela Soriano M. et Melchior M.

- *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Larcier, 2006

Carbonnier J.

- *Sociologie juridique*, PUF, 1994
- *Essais sur les lois*, Défrénois, 1995, 2^e éd.
- *Droit et Passion du Droit sous la Vème république*, Flammarion, 1996
- *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 2001, 10^eéd.

Carlier J.-Y.

- *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Bruylant, 1992
- *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Larcier, 2007

Castelain-Meunier C.

- *La paternité, Que sais-je ?*, 1997

Cohen-Jonathan G.

- *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrestien, 1999
- *Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, La Documentation française, 2000

Commaille J.

- *L'esprit sociologique des lois*, PUF, 1994

Dauriac I.

- *Les régimes matrimoniaux et le PACS*, L.G.D.J., 2010, 2^e éd.

David R.

- *Le droit comparé : droit d'hier, droits de demain*, Economica, 1982

Delmas-Marty M.

- *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006
- *Raisonner la raison d'état. Vers une europe des droits de l'homme*, PUF, 1989

Demars S.

- *Les procédures en divorce. Loi du 20 mai 1997, la réforme de la réforme*, Larcier, 1997

De Schutter O. et S. van Drooghenbroeck S.

- *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Larcier, 1999

Dutoit B., Arn R., Sfondylia B., Taminelli C.

- *Le divorce en droit comparé*, vol. 1, Europe, Librairie Droz, 2000

Fabre M. et Gouron-Mazel A.

- *Convention européenne des droits de l'homme. Application par le juge français, 10 ans de jurisprudence*, Litec, 1998

Fauvarque-Cosson B.

- *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, L.G.D.J., 1996

Favoreu L.

- *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2009, 5^e éd.

Ferrand F.

- *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997

Gareil L.

- *L'exercice de l'autorité parentale*, L.G.D.J., 2004,

Gaudemet-Tallon H.

- *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 2010, 4^e éd.

Gérard Ph., Ost F., Van de Kerchove M.

- *Droit et intérêt, vol. 2, entre droit et non droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1990

Glendon M. A.

- *State, Law and Family : Family Law in Transition in the United States and Western Europe*, North Holland Publishing Cy, 1977

Gomien D., Harris D., Zwaak L.

- *Convention européenne des Droits de l'Homme et Charte sociale européenne : droit et pratique*, Editions du Conseil de l'Europe, 1997

Halpérin J.-L.

- *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, 2009

Heymann J.

- *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, 2010

Hottelier M., Mock H. et Puéchavey M.

- *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005

Isenbeck A.

- *Traditionelles niederländisches Familienrecht und europäische Einflüsse*, Maklu, 1995

Karpenschif M. et Nourissat C.

- *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne, Les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne (GACJUE)*, PUF, 2010

Kelsen H.

- *Théorie pure du droit*, trad. par Ch. Eisenmann, L.G.D.J., 1999

Labbée X.

- *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Presses Universitaires du Septentrion, 1996

Lambert P.

- *La Belgique devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002

Levesque J.

- *Méthodologie de la médiation familiale*, Edisem, 1998

Lienhard C.

- *Les nouveaux droits du père après la loi du 4 mars 2002 réformant l'autorité parentale*, Delmas, 2002

Marguénaud J.-P.

- *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation Française, 2001
- *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2010, 5^e éd.

Markesinis B.

- *Juges et universitaires face au droit comparé. Histoire des trente-cinq dernières années*, Dalloz, 2006

Massip J.

- *Le nouveau droit de la filiation*, Defrénois, 2006

Meulders-Klein M.-T.

- *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en Occident, 1968-1998*, L.G.D.J., 1999

Nadaud S.

- *Codifier le droit civil européen*, Larcier, 2008

Oberdorff H.

- *L'Union européenne*, Presses universitaires de Grenoble, 2010

Ost F. et van de Kerchove M.

- *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002

Partsch P.-E.

- *Le droit international privé européen. De Rome à Nice*, Larcier, 2003

Péroz H. et Fongaro E.

- *Droit international privé patrimonial de la famille*, Litec, 2010

Portalis J.-E.-M.

- *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)*, Editions Confluences, 2004

Revillard M.

- *Pratique de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*, Defrénois, 2008, 2^e éd.
- *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, Defrénois, 2010, 7^e éd.

Rigaux F.

- *Introduction à la science du droit*, Vie ouvrière, 1974

Sauron J.-L.

- *Le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Gualino, 2008

Sudre F., Marguénaud J.-P., Andriantsimbazovina J., Gouttenoire A. et Levinet M.

- *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 5^e Ed., 2009

Trépant I.

- *Pour une Europe citoyenne et solidaire. L'Europe des traités dans la vie quotidienne*, De Boeck, 2002

TRAVAUX COLLECTIFS

Ancel P. et Rivier M.-C. (dir.)

- *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001

Bergé J.-S et Niboyet M.-L. (dir.)

- *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruylant, 2003

Bieber R. et autres

- *Au nom des peuples européens, un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Nomos, 1996

Boele-Woelki K. (éd.)

- *Perspectives for the unification and harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003

Boele-Woelki K. et Sverdup T. (dir.),

- *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, 2008

Boucaud P. (dir.)

- *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, Bruylant, 2009

Bourassin M. et Coutant-Lapalus C. (dir.)

- *Les droits des grands-parents, une autre dépendance ?*, Dalloz, à paraître

Brunetti-Pons C. (dir.)

- *La notion juridique de couple*, Economica, 1998

Cafaggi F. (dir.)

- *The institutional framework of european private law*, Oxford, 2006

Canivet G., Andenas M. et Fairgrieve D. (dir.)

- *Comparative law before the courts*, British Institute of International and Comparative Law, 2004

Cliquennois M. (dir.)

- *La CEDH et le juge français, Vademecum de pratique professionnelle*, L'Harmattan, 1997

Cornu G. (dir.)

- *Vocabulaire juridique Association Henri Capitant*, PUF, 2011, 9^eéd

Dekeuwer-Défossez F. et Choain C.(dir.)

- *L'autorité parentale en question*, Presses universitaires du Septentrion, 2003

Delas O. , Côté R. , Crépeau F. , Leuprecht P. (dir.)

- *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, Bruylant, 2005

Delmas-Marty M. (dir.)

- *Critique de l'intégration normative - L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004

Délumeau J et Roche D. (dir.)

- *Histoire des pères et de la paternité*, Larousse, 2000, 2^e éd.

De Mestral A., Birks S., Bothe M., Cotler I., Klinck D., Morel A. (dir.)

- *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Les éditions Yvon Blais Inc., 1986

De Schutter O. et Nihoul P. (coord.)

- *Une constitution pour l'Europe, Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, 2004

Descoutures V., Digoix M., Fassin E. et Rault W.

- *Mariages et homosexualités dans le monde, l'arrangement des normes familiales*, Autrement, 2008, pp. 34-44

Drobnig U. et Van Erp S. (ed.)

- *The Use of Comparative Law by Courts*, XIV^e Congrès international de droit comparé, Kluwer Law International, 1999

Dony M. et Bribosia E. (éd.)

- *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002

Fallon M., Lagarde P. et Poillot-Peruzzetto S. (dir.)

- *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2009

Fasquelle D. et Robin-Olivier S. (dir.)

- *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire : une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, 2008

Fauvarque-Cosson B. (dir.)

- *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparée, vol. 1, 2003

Fenouillet D. et De Vareilles-Sommières P. (dir.)

- *La contractualisation du droit de la famille*, Economica, 2001

Flauss J.-F. (dir.)

- *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005

Flauss-Diem J. et Fauré G. (dir.)

- *Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, PUF, 2005

Fulchiron H. (dir.)

- *Mariage-Conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009

Fulchiron H. et Nourissat C. (dir.)

- *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005

Gadbin D. et Kernaleguen F. (dir.)

- *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Journées nationales d'études de la CEDECE, Rennes, 22 et 23 mai 2003, Bruylant, 2004

Ganghofer R. (dir.)

- *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses universitaires de Strasbourg, 1992

Haller B., Krüger H.C. et Petzold H. (Eds.)

- *Law in Greater Europe. Towards a Common Legal Area, Studies in Honour of Heinrich Klebes*, Kluwer Law International, 2000

Khairallah G. et Revillard M. (dir.)

- *Perspectives du droit des successions européennes et internationales, études de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, Defrénois, 2010

Krenc F. et Puéchavy M. (dir.)

- *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2008

Lagarde P. et von Hoffmann B. (éd.)

- *L'eupéanisation du droit international privé*, Série de publications de l'Académie de Droit européen de Trèves, vol. 8, 1996

Leborgne A. et Barrière-Brousse I. (dir.)

- *Actualité du droit international privé de la famille*, P.U.A.M., 2009

Leclerc S., Akandji-Kombé J.-F. et Redor M.-J. (dir.)

- *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, 1999

Legrand P. (dir.)

- *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009

Leleu Y.-H. et Pire D. (Eds)

- *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Larcier, 2007

Lemouland J.-J. et Luby M. (dir.)

- *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007,

F. Lichère, L. Potvin-Solis, A. Raynouard (dir.)

- *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruylant, 2004

Loquin E. et Kessedjian C. (dir.)

- *La mondialisation du droit*, Litec, 2000

Lowe N. et Douglas G. (éd)

- *Families across Frontiers*, Kluwer Academic Publishers, 1996

Martín-Casals M. et Ribot J.(Eds)

- *The role of Self-determination in the Modernisation of Family Law in Europe*, Papers presented at the 2003 European Regional Conference of the International Society of Family Law, 2003

Meulders-Klein M.-T.(dir.)

- *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, L.G.D.J., 1997

Meulders-Klein M.-T. et Théry I. (dir.)

- *Quels repères pour les familles recomposées ?*, L.G.D.J., 1995

Murat P. (dir.)

- *Droit de la famille*, Dalloz Action, 5^e éd., 2010

Neirinck C.

- *La famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille*, Érès, 2003

Osman F. (dir.)

- *Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des États-membres de l'Union européenne*, Bruylant, 1998

Ost F. et Van de Kerchove M.

- *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002

Pauwels J.M. (dir.)

- *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, Bruylant, 1981

Poillot-Peruzzetto S. (dir.)

- *Vers une culture juridique européenne ?*, Montchrestien, 1998

Renchon J.-L. (dir.)

- *L'enfant et les relations familiales internationales*, Bruylant, 2003

Revet T.(dir.)

- *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996

Rideau J.(dir.)

- *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, LGDJ, 2000

Robin-Olivier S. et Fasquelle D. (dir.)

- *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, 2008

Roy O. (dir.)

- *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris-Ouest, 2011

Schneider C. (dir.)

- *Le Conseil de l'Europe, acteur de la recomposition du territoire européen*, Cahiers de l'espace Europe, 1997

Sudre F. (dir.)

- *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, STH, 1990
- *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, 1998
- *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002

Sudre F. et Labayle H. (dir.)

- *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000

Sudre F. et Picheral C. (dir.)

- *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, à paraître aux éditions Bruylant-Nemésis.

Sudre F. et Tinière T. (dir.)

- *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2007, 2^e Ed

Van der Mensbrugge (Ed.) F.-R.

- *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, PUN, Belgique, 2003

Waaldijk K. et Fassin E. (dir.)

- *Droit conjugal et unions de même sexe. Mariage, partenariat et concubinage dans neuf pays européens*, PUF, 2008

Waelbroeck M. (dir.)

- *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1976

Werro F. (dir.)

- *L'eupéanisation du droit privé : vers un code civil européen ?*, Fribourg, 1998

Wijffels A. (dir.)

- *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005

MÉLANGES

- *Mélanges offerts à J. Maury*, Tome 2, Dalloz, 1960
- *Problèmes de droit des gens, Mélanges offerts à Henri Rolin*, A. Pedone, 1965

- *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, T.II, Bruylant, 1972
- *Estudios de derecho internacional, Homenaje al professor Miaja de la Muela*, Tecnos, 1979
- *Festschrift für H.J. Schlochauer*, 1981
- *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de G.J.Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, 1988
- *Conflits et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Éditions universitaires Fribourg, 1990
- *Conflits et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Editions Universitaires Fribourg, Suisse, 1990
- *Liber amicorum E. Krings*, Story-Scientia, 1991
- *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Dalloz, 1991
- *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à J. Velu*, t.III, Bruylant, 1992
- *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993
- *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à F. Rigaux*, Bruylant, 1993
- *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, L.G.D.J., 1994
- *Essays in Honour of H.G. Schermers*, Dordrecht, Nijhoff, 1994, vol. II
- *Droit de l'enfant et de la famille, hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Presses universitaires de Nancy, 1998
- *Mélanges Louis Edmond Petiti*, Bruylant, 1999
- *Law in greater Europe Towards a Common Legal Area, Studies in Honour of Heinrich Klebes*, Kluwer Law International, 2000
- *Private Law in the international arena: from national conflict rules towards harmonization and unification, Liber amicorum Kurt Siehr*, T.M.C. Asser Press, 2000
- *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001
- *International conflict of laws for the third millenium, essays in honor of F.K. Juenger*, Ardsley, 2001

- *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Librairie Droz, 2002
- *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002
- *Estudos em homenagem a Professora Doutora Isabel de Magalhaes Collaco*, Almedina, 2002
- *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002
- *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, éd. De l'Université libre de Bruxelles, vol. I, 2003
- *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, vol.II, Bruylant, 2004
- *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, études en l'honneur de J.-C. Gautron*, Editions Pedone, 2004
- *De tous horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de Législation comparée, 2005
- *La communicabilité entre les systèmes juridiques, Liber amicorum J.-C. Escarras*, Bruylant, 2005
- *Pacis Artes, Derecho internacional privado, derecho constitucional y varios, Homenaje al Profesor Julio P. Gonzalez Campos*, U.A.M. Eurolex, 2005, t. 2
- *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005
- *Etudes offertes au professeur Ph. Malinvaud*, Litec, 2007
- *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008
- *Mélanges Jean Boulouis*, Dalloz, 2009

THÈSES

Allegaert V.

- *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005

Cadet F.

- *L'ordre public en droit international de la famille. Etude comparée. France/Espagne*, L'Harmattan, 2005

Chabert, C.

- *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, P.U.A.M., 2001

Debet A.

- *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, 2002

De Boysson B.

- *Mariage et conjugalité-essai sur la singularité matrimoniale*, thèse, Lyon 3, 2010

Dudit C.

- *La contractualisation du droit de la famille*, thèse, Nantes, 2009

Dumas R.

- *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, L'Harmattan, 2008

Fohrer E.

- *La prise en considération des normes étrangères*, Thèse, L.G.D.J., 2008

Garcia K.

- *Le droit civil européen. Nouvelle matière, nouveau concept*, Larcier, 2008

Grataloup S.

- *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, L.G.D.J., 1998

Hunter-Henin M.

- *Pour une redéfinition du statut personnel*, P.U.A.M., 2004

Labrusse-Riou C.

- *L'égalité des époux en droit allemand*, LGDJ, 1965

Le Doujet Thomas F.

- *Le couple et les principes juridiques d'égalité et de non-discrimination*, ANRT, 2004

Marmisse A.

- *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, PULIM, 2000

Meyrat I.

- *Droits fondamentaux et droit du travail*, thèse, Paris X, 1998

Molfessis N.

- *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, thèse Paris II, 1994

Nadaud S.

- *Codifier le droit civil européen*, Larcier, 2008

Porta J.

- *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Thèse, Paris X, Nanterre, Fondation Varenne, 2007

Ramet S.

- *Le droit communautaire et la famille*, Thèse, Paris I, 2001

Raynaud J.

- *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003

Rebourg M.

- *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, Thèse, Lyon 3, 1996

Richez-Pons A.

- *La résidence en droit international privé (conflits de juridiction, conflits de lois)*, thèse, Lyon III, 2004

Roca i Escoda M.

- *Mise en jeu et mise en cause du droit dans le processus de reconnaissance des couples homosexuels*, Thèse, Université de Genève, 2006

Scheeck L.

- *Les cours européennes et l'intégration par les droits de l'homme*, thèse, Institut d'Etudes Politiques de Paris, 2006

Tinière R.

- *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2009

Toulioux F.

- *Le droit au respect de la vie familiale des étrangers et l'article 8 de la Conv. ESDH*, thèse, Lyon III, 2008

Vasseur-Lambry F.

- *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2000

Vigand S.

- *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé de la famille*, thèse, Paris II, 2005

ACTES DE COLLOQUE

- *Les nouveaux enjeux des droits de l'homme*, colloque de Stockholm des 20 et 21 avril 1989, RDP 1990
- *Europe : les chemins de la démocratie. Le Conseil de l'Europe dans l'architecture européenne*. Actes du colloque organisé par le Conseil de l'Europe en septembre 1990, Presses du Conseil de l'Europe, 1991

- *Les incidences des jurisprudences internationales sur les droits néerlandais et français notamment sur les Droits de l'Homme*, Actes du Colloque organisé à Poitiers les 13-14-15 mai 1991 par les Facultés de Droit de Nimègue et de Poitiers, PUF, 1992
- *La protection des droits fondamentaux*, Actes du colloque de Varsovie des 9 au 15 mai 1992, PUF, 1993
- *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes du colloque organisé par le LERADP de l'Université de Lille II les 15 et 16 déc. 1994, L.G.D.J., 1996
- *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, 1998
- *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, Union des avocats européens, Bruylant, 1999
- *Les principes communs d'une justice des Etats de l'Union européenne*, Colloque des 4-5 décembre 2000, Cour de cassation, La Documentation française, 2000
- *Les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne*, colloque organisé par le Centre d'Etudes européennes, le 24 mars 2000, Bruylant, 2001
- *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Actes du colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé de l'Université de Lille II, 4 et 5 mai 2000, L.G.D.J., 2002
- *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 2007
- *Les sources du droit. Aspects contemporains*, Actes du colloque organisé par le centre d'études des droits du monde arabe, des 11 et 12 mai 2006, Société de législation comparée, 2007

ARTICLES, COMMUNICATIONS ET CHRONIQUES

Agallopoulou P.

- *Modification du droit de la famille hellénique dues aux changements socio-familiaux*, *Revue hellénique de droit international*, 1997/2, n° 50, pp. 579-588
- *La loi hellénique concernant les procréations médicalement assistées*, *Dr. fam.* 2004, n° 5, Etude n° 11, pp. 11-13

Agallopoulou P., Deliyanni-Dimitrakou C.

- *L'utilisation du droit comparé par les tribunaux helléniques*, dans U. Drobnig et S. van

Erp (ed.), *The Use of Comparative Law by Courts*, Kluwer Law International, 1999, pp. 149-188

Akandji-Kombé J.-F.

- Le développement des droits fondamentaux dans les traités, dans S. Leclerc, J.-F. Akandji-Kombé et M.-J. Redor (dir.), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, 1999, pp. 31-56

Albanese F.

- Le Processus législatif au Conseil de l'Europe, *R.T.D.eur.*, 1986, pp. 391-417

Allard J.

- Le dialogue des juges dans la mondialisation, dans *Le dialogue des juges*, Bruylant, 2007, Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice, n° 9, pp. 77-91

Ancel B. et Muir-Watt H.

- 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, *R.C.D.I.P.*, 2010, pp. 457-484

Ancel J.-P.

- La libre circulation de la famille en Europe, *LPA*, 4 oct. 2007, n° 199, pp. 4-7

Ancel M.

- Politique législative et Droit comparé, dans *Mélanges offerts à J. Maury*, Tome 2, 1960 pp. 9-23

Ancel B. et Muir Watt H.

- L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis, *R.C.D.I.P.* 2005, pp. 569-605
- 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, *R.C.D.I.P.*, 2010, pp. 457-484

Andriantsimbazovina J.

- La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes après le Traité d'Amsterdam : de l'emprunt à l'appropriation ?, *Europe*, 1998, n° 10, chron.7, pp. 3-7
- L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ?, *R.F.D.A.* 2002, p. 124 et s.

Arnaud A.-J.

- Philosophie des droits de l'Homme et droit de la famille, dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes du colloque organisé par le LERADP de l'Université de Lille II les 15 et 16 déc. 1994, L.G.D.J., 1996, pp. 3-25

Artino M. et Noël P.-Y.

- Les perspectives d'interactions entre la CJUE et la Cour européenne des droits de l'homme du fait de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, *R.M.C.U.E.* 2010, n° 540, pp. 446-450

Aubert J.

- La CJCE lève le voile sur la notion de la résidence habituelle de l'enfant, consultable sur <http://m2bde.u-paris10.fr>

Audit B.

- Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul, *R.I.D.C.* 1998, vol. 50, n° 2, pp. 421-448
- Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain, dans *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 49-70

Azoulay L.

- Application du droit communautaire par la Cour de cassation (juillet 2008-juin 2009), *Europe*, 2009, n° 12, chron. n° 2

Ballarino T. et Paolo Romano G.

- Le principe de proximité chez Paul Lagarde. Quelques précisions et développements récents, dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 37-54

Bambust I.

- Le règlement européen n° 4/2009 en matière d'obligations alimentaires, *J.T.* 2009, p. 381 et s.

Barrière Brousse I.

- Le règlement Bruxelles II *Bis* et sa révision. Les règles de conflit de juridictions, dans A. Leborgne et I. Barrière-Brousse (dir.), *Actualité du droit international privé de la famille*, P.U.A.M., 2009, pp. 71-90
- La révision du règlement Bruxelles II « bis » : perspectives communautaires sur les désunions internationales, *D.* 2008, chron., pp. 625-630
- Le Traité de Lisbonne et le droit international privé, *J.D.I.* 2010, pp. 3-34

Basedow J.

- La reconnaissance des divorces étrangers, Droit positif allemand et politique législative européenne, *R.C.D.I.P.* 1978, pp. 461- 481
- The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam, *C.M.L.R.* 2000, n° 37, pp. 687-708
- Rapport de synthèse : quel droit privé pour l'Europe ?, dans J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruylant, 2003
- Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne, *R.C.D.I.P.* 2010, pp. 427-484

Batteur A.

- Le statut de l'enfant des homosexuel(le)s : hors l'intervention du Parlement, point de changements possibles (à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010), *LPA*, 2010, n° 239, p. 6.

Battifol H.

- Existence et spécificité du droit de la famille, *Arch. phil. droit*, Tome 200, réformes du droit de la famille, Sirey, 1975, pp. 7-15

Beigner B.

- A propos du concubinage homosexuel, *D.* 1998, chron. 215
- Beau-parent ou tiers ?, *Dr. fam.* 2009, n° 6, Repère n° 6

Beitzke G.

- La loi allemande sur l'égalité de l'homme et de la femme, *R.I.D.C.* 1958, pp. 39-55
- La réforme de la condition juridique de l'enfant naturel en République fédérale d'Allemagne, *R.I.D.C.* 1970, pp. 313-324

Bell J.

- Le droit comparé au Royaume-Uni, *R.I.D.C.* 1999, pp. 1019-1032

Bénabent A.

- La réception du droit communautaire en droit de la famille, dans J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruylant, 2003, pp. 51-56
- L'ordre public en droit de la famille, dans T. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, pp. 27-31

Benoit-Rohmer F.

- L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, *R.U.D.H.* 2000, pp. 57-61

Benos G.

- The Practical Debt of Community Law to Comparative Law, *Revue hellénique de droit international*, 1984, pp. 241-254

Bergé J.-S.

- Le rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux des Etats membres (1^{re} partie), Présentation de la chronique, *LPA*, 2003, n° 99, p. 4-5
- L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois, dans J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruylant, 2003, pp.206-233
- 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, dans F. Sudre et C. Picheral (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, à paraître aux éditions Bruylant-Nemésis.

Bergel J.-L., Cherot J.-Y., Cimamonti S., Mercadier M.-F. (coord.)

- *L'émergence d'une culture judiciaire européenne. Avancées et difficultés d'une culture judiciaire européenne dans l'espace judiciaire européen*, spéc. n° 94.
<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/CJE%20Aix%20FINAL.pdf>

Bernigaud S.

- PACS et filiation, dans *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, pp. 183-191

Biquet-Mathieu C. , Lecocq P. et Leleu Y.-H.

- La lettre de Belgique, *R.J.T.* 2007, n° 41, pp. 723-755

Bischoff J.-M.

- Droit international privé. Rapport général, dans *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, Travaux de l'Association Henri Capitant, journées turques, 1988, t.XXXIX, Economica

Blas Lopez M.E.

- Convergence des raisonnements et des styles législatifs : réflexion autour du cas de l'Espagne, dans D. Fasquelle et S. Robin-Olivier (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire : une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, 2008 , p. 283-298

Bodard-Hermant A.

- Le droit de visite à l'épreuve des frontières, *G.P.*, 10-12 déc. 2000, doct., pp. 2199-2205

Boele-Woelki K.

- The road towards a european family-law, *E.J.C.L.*, nov. 1997, vol. 1.1.
- Unification and harmonization of private international law in Europe, dans *Private Law in the international arena: from national conflict rules towards harmonization and unification, Liber amicorum Kurt Siehr*, T.M.C. Asser Press, 2000, pp.61-76
- European Challenges in Contemporary Family Law : some final Observations, dans K. Boele-Woelki et T. Sverdrup (dir.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, 2008, pp. 413-423

Boiché A.

- La primauté du droit européen sur le droit interne, *G.P.*, 7-8 juillet 2006, p. 28- 30
- L'articulation des règles du nouveau droit communautaire du divorce avec les règles nationales de compétence directe, *G.P.*, 27- 28 mai 2005, doct., pp. 1641-1644
- Le divorce en droit international privé, dans *Internationalité du litige familial, AJ. fam.* 2008, n° 7-8, pp. 270-279
- Propos introductif : entrée en vigueur du règlement CE n° 4/2009 sur les obligations alimentaires, *AJ fam.* 2011, n° 5, pp. 236-241

Bonichot J.-C.

- L'application de la Convention européenne des droits de l'homme par les juridictions nationales, par l'intermédiaire de la Cour de justice des Communautés européennes, *R.U.D.H.* 1991, p. 317

Bonnet V.

- L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt Odièvre c. la France du 13 février 2003), *R.T.D.H.* 2004, n° 58, pp. 405-421

Borrás A.

- Le règlement 1347/2000 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, *LPA*, 2002, n° 248, pp. 12-19
- Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir, *R.C.A.D.I.* 2005, t. 317, pp. 313-526
- La libre circulation de la famille, *LPA*, 4 oct. 2007, n° 199, pp. 8-21

Borillo D.

- Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne, (2001)46 *R.D. McGill*, pp. 875-922

Bosse-Platière H.

- Le droit de la famille et la construction d'un espace judiciaire européen, dans *Les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne*, colloque organisé par le Centre d'Etudes européennes, le 24 mars 2000, Bruylant, 2001, pp. 125-153
- PACS et autorité parentale, dans *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, et 193-211
- Statut de l'enfant et l'eupéanisation des sources en droit de la famille, dans D. Gadbin et F. Kernaleguen (dir.), *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Journées nationales d'études de la CEDECE, Rennes, 22 et 23 mai 2003, Bruylant, 2004, pp. 67-95
- L'avenir du droit civil de la famille : quelques conjectures. A l'horizon de l'Europe, *Info. Soc.*, 8/2005, n° 128, pp. 38-51

Bossuyt M.

- L'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'homme, *R.B.D.I.* 1980, p. 53-81

Botne M.

- « *Soft Law* » in den *Eurpäischen Gemeinschaften* ?, dans *Festschrift für H.J. Schlochauer*, 1981, p. 761

Bottiau A.

- Divorce international : conflits de juridictions et textes communautaires, *R.L.D.C.* 2005, n° 19, 786, pp. 32-37

Boulanger D.

- Régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Deux propositions de règlements de l'Union, *JCP. N.* 2011, n° 14-15, act. n° 359
- L'affaire des "mineurs nordiques" : la Cour détermine la "résidence habituelle" et précise le régime des mesures conservatoires, *JCP. G.* 2009, 316

Boulanger F.

- Modernisation ou utopie ? La réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002, *D.* 2002, chron., pp. 1571-1577

Bourgault-Coudeville D. et Delecourt F.

- Les familles recomposées : aspects personnels, aspects alimentaires, dans *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Nathan, 1993 , pp. 257-279

Bribosia H.

- Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge, *R.B.D.I.* 1996, pp. 33-86

Brongersma E.

- La nouvelle loi sur le divorce aux Pays-Bas, *R.I.D.C.* 1975, pp. 395-402

Bruggeman M.

- Nouvelle recommandation pour lutter contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, *Dr. fam.* 2010, n° 5, Alerte n° 29, p. 4
- Orientation sexuelle et identité de genre : les recommandations de l'Assemblée parlementaire, *Dr. fam.* 2010, n° 6, Alerte n° 37, p. 5.

Brulé-Gadioux F. et Lamothe E.

- Le mariage homosexuel en Europe, *Defr.*, 30 avril 2005, n° 8, p. 647

Bruneau C.

- Le Traité d'Amsterdam et la coopération judiciaire en matière civile. Transformation en règlements communautaires de quatre conventions européennes, *JCP. G.* 2000. I. 266, spéc. p. 1956

Brunet L.

- Heurs et malheurs de la famille recomposée en droit français, dans M.-T. Meulders-Klein et I. Théry (dir.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Nathan, 1993, pp. 229-255

Brunetti-Pons C.

- L'émergence d'une notion de couple en droit civil, *R.T.D. civ.* 1999, pp. 27-49
- Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille, 1^{re} partie, *Dr. fam.* 2003, n° 5, chron. n° 15, pp. 10-16

Burgelin J.-F. et Lalardrie A.

- L'application de la Convention par le juge judiciaire français, dans *Mélanges Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 145 et s.

Burgogue-Larsen L.

- Chronique de jurisprudence européenne comparée (2002), *R.D.P.* 2003, p. 974

Brière C.

- La coparentalité : mythe ou réalité, *R.D.S.S.* 2002, p. 567

Brillat R.

- La participation de la Communauté européenne aux conventions du Conseil de l'Europe, *Annuaire français de droit international*, XXXVII, 1991, pp.819-831

Brulliard G.

- La réforme du droit de la famille en Italie, *R.I.D.C.* 1975, pp. 645-660

Bultrini A. , Wachsmann P. , Tulkens F. et Callewaert J.

- La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux, dans M. Dony et E. Bribosia (éd.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, pp. 177-203

Bureau D.

- L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois, dans *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, pp. 285-305

Cabrillac R.

- Les réformes du droit de la famille et le PACS, *Dr. fam.* 2000, n° 6, chron. n° 13, p. 4

Cadet F.

- La gestion de l'internationalité par les méthodes communautaires : vers un droit international privé unifié dans l'Union européenne ?, *LPA*, 2004, n° 157, pp. 3-12
- La réforme du droit de la famille espagnol par les lois du 1^{er} et du 8 juillet 2005 : entre évolution et révolution, *Dr. fam.* 2005, n° 12, *Etudes* n° 25, pp. 6-11

Canivet G.

- The Use of Comparative Law before the French Private Law Courts, dans G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve (ed.), *Comparative Law before the Courts*, British Institute of International and Comparative Law, 2004, pp. 181-193
- Les réseaux de juges au sein de l'Union européen : raisons, nécessités et réalisations, *LPA*, 5 oct. 2004, n° 199, pp. 45-52
- L'influence de la comparaison des droits dans l'élaboration de la Jurisprudence, dans *Etudes offertes au professeur Ph. Malinvaud*, Litec, 2007, pp. 133-14

Caram-Pietrini N.

- Successions internationales : quelle harmonisation communautaire des règles de conflit de lois ?, *Defr.* 2007, n° 21, art. n° 38670, p. 1498

Carbonnier J.

- L'apport du droit comparé à la sociologie juridique, dans *Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, pp. 75-87

Carlier J.-Y.

- La garantie des droits fondamentaux en Europe: pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg, *Revue québécoise de droit international*, 2000, 13.1, pp. 37-61

Carlier J.-Y., Francq S. et Van Boxstael J.-L.

- Le règlement de *Bruxelles II*. Compétence, reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, *J.T.*, dr. eur., 2001, n° 78, pp. 73-90

Catala N.

- Le gouvernement de la famille, dans *Le discours et le code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, pp. 227-234

Catala P.

- Aspects de l'évolution récente du droit de la famille, *Travaux de l'Association Henri Capitant (1988)*, t. XXXIX, Economica, 1990, p. 1 et s.
- La métamorphose du droit de la famille, dans *Le Code civil, 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, pp. 341-358

Catalano N.

- La Communauté économique européenne et l'unification, le rapprochement et l'harmonisation des droits des États membres, *R.I.D.C.* 1961, pp. 5-17

Celeyron-Bouillot M.-C.

- Le litige international d'autorité parentale : la recherche de solutions communes à une problématique aussi diverse qu'universelle, dans *Internationalité du litige familial, AJ. fam.* 2008, n° 7-8, pp. 279-284

Cendon P., Venchiarutti A. et Bussani M.

- Le régime juridique des biens destinés à l'usage commun des époux, Italie, *R.I.D.C.* 1990, pp. 1269-1279

Chamberland L., Jouvin E. et Julien D.

- Les familles recomposées homoparentales et hétéroparentales, *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 16, n° 1, 2003, pp. 94-112

Chamboredon A. et Schmid C.

- Pour la création d'un « institut européen du droit ». Entre unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe, *R.I.D.C.* 2001, pp. 685-708

Champenois G.

- La paternité, dans *1804-2004. Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, pp. 359-380

Chanteloup H.

- La prise en considération du droit national par le juge communautaire. Contribution à la comparaison des méthodes et solutions du droit communautaire et du droit international privé, *R.C.D.I.P.* 2007, pp. 539-572

Charbonneau C. et Pansier F.J.

- Présentation de la loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille, *LPA*, 2002, n° 71, p. 4

Chendeb R.

- La convention de mère porteuse, *Defr.*, 15 févr. 2008, n° 3, art. n° 38717, pp. 291-303

Coester-Waltjen D.

- Human rights and the harmonization of family law in Europe, dans K. Boele-Woelki and T. Sverdrup (eds), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, 2008, pp. 3-15

Cohen-Jonathan G.

- La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice des Communautés européennes, dans R. Bieber et autres, *Au nom des peuples européens, un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Nomos, 1996, pp. 64 et s.
- La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme, dans *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Les mutations contemporaines du droit public*, Dalloz, 2002, pp. 3-31

Colombet C.

- Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, *D.* 1971, chron., p. 1

Commaille J.

- Droit de la famille, droit des individus, *Revue Quart Monde*, 2001, n° 179

Coppel J. et O'Neill A.

- The European Court of Justice : taking rights seriously, *CMI. Rev.*, 1992, pp.669-692

Cordier M.-T.

- Autorité parentale, grands-parents-petits-enfants, *Dr. fam.* 2007, n° 6, pan. juris.1

Cornu G.

- Un Code civil n'est pas un instrument communautaire, *D.* 2002, chron., p. 351

Costa J.-P.

- La Convention européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la problématique de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention, consultable sur : www.iue.it/PUB/law04-5.pdf
- Some Aspects of the Influence of the European Convention on Human Rights on Domestic Law, dans G. Canivet, M. Andenas et D. Fairgrieve, *Comparative law before the courts*, British Institute of International and Comparative Law, 2004, pp. 85-89
- Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales, *R.T.D.H.* 2004, pp. 101-110

Corneloup S.

- Les règles de compétence relatives à la responsabilité parentale, dans H. Fulchiron et C. Nourissat, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 69-84

Corpart I.

- La vision égalitaire de la dévolution du nom de famille, *D.* 2003, chron., p. 2845
- Les enfants à l'épreuve des recompositions familiales : un point de vue juridique, *Recherches familiales*, 2007, n° 4, pp. 35-46
- Les familles recomposées décomposées, *AJ fam.* 2007, n° 7/8, pp. 299-302

Cretney S. M.

- Les familles recomposées en droit anglais, dans M.-T. Meulders-Klein et I. Théry (dir.), *Quels repères pour les familles recomposées ?*, L.G.D.J., 1995, pp. 141-155

Crône R.

- Le certificat successoral européen, dans G. Khairallah et M. Revillard, *Perspectives du droit des successions européennes et internationales, études de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, Defrénois, 2010, pp. 155-171

Dandoy N. et Reusens F.

- L'hébergement égalitaire, *J.T.* 2007, n° 6259, pp. 177-189

David R.

- La place actuelle du droit comparé en France dans l'enseignement et la recherche, in *Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, pp. 51-65

De Benalcazar S.

- Eloge de la raison juridique, ou la remontée des enfers, *Dr. fam.* 2007, étude n° 2.

De Bruijn-Lückers M.

- La réfection du droit de la famille néerlandais par la jurisprudence en application de la Convention européenne des droits de l'Homme, dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Université de Lille II, 15 et 16 décembre 1994, L.G.D.J., 1996, pp.147-156, spéc. p.147.

Dcaux E.

- Mieux vaut deux fois qu'une..., *Droits fondamentaux*, n° 4, janv.-déc. 2004, consultable sur : <http://www.droits-fondamentaux.org/IMG/pdf/df4ededito.pdf>

De Cruz J.

- Attribution du nom et citoyenneté européenne : le droit international privé des Etats membres remis en question par le droit communautaire, article publié sur le site m2bde.u-paris10.fr

Deflers E.

- La famille en Europe, *L'Obs. de Brux.*, 2007, n° 67, pp. 8-9

Deflers E. et Butruille-Cardew C.

- Les apports du règlement Bruxelles II bis en matière d'enlèvements internationaux d'enfants, *G.P.*, 25-27 sept. 2005, doct., pp. 3076-3078

De Gouttes R.

- Le juge français et la Convention européenne des droits de l'Homme : avancées et résistances..., *R.T.D.H.* 1995, pp. 605-614

Dekeuwer-Défossez F.

- Familles éclatées, familles reconstituées, *D.* 1992. chron. 133.
- Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille, *R.T.D. civ.*

- 1995, pp. 249-270
- L'enfant et la justice familiale, dans M.-T. Meulders-Klein (dir.), *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, L.G.D.J., 1997, pp. 560-576
 - À propos du pluralisme des couples et des familles, *LPA*, 28 avril 1999, n° 84, p. 29
 - PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé, *R.T.D. civ.* 2001, pp. 529-546
 - Les empreintes génétiques devant la CEDH : avis de coup de vent sur l'ordonnance du 4 juillet 2005, *R.L.D.C.* 2007, n°38, p. 41-44
 - La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification !, *R.L.D.C.* 2009, n°58, p.37-41
 - Du « statut du beau-parent » aux « droits des tiers » : réflexions critiques sur un texte controversé, À propos de l'avant-projet de loi sur l'autorité parentale et le droit des tiers, *R.L.D.C.* 2009, n° 60, pp. 55-58

Dekeuwer-Défossez F. et Vauville F.

- Droits de l'homme et droits de l'enfant. Commentaire de la loi Malhuret du 22 juillet 1987, *D.* 1988, p. 7

Delecraz Y.

- Le nouveau régime des biens dans le pacs, *AJ fam.* 2007, n° 1, pp. 12-15

Delgrange X.

- Quand la Cour d'arbitrage s'inspire de la Cour de Strasbourg, *Rev. rég. dr.* 1989, pp. 619-622

Deliyannis J.

- L'influence de la Constitution hellénique sur le droit des personnes et de la famille, dans *Journées de la Société de Législation comparée*, 1981, p. 551 et s.
- Les grandes lignes de la réforme du droit de la famille hellénique, *R.I.D.C.* 1986, pp. 811-828

Delmas-Marty M.

- Le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine, dans B. Fauvarque-Cosson (dir.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparée, vol. 1, 2003, pp. 39-51
- Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques, *D.* 2006. n° 14, p.953

Delpérée F.

- La communicabilité entre le droit international, le droit européen, le droit constitutionnel et le droit régional, dans Liber amicorum J.-C. Escarras, *La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruylant, 2005, pp. 59-70

Demars S.

- L'enfant et la justice dans les travaux du Conseil de l'Europe, dans M.-T. Meulders-Klein (dir.), *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, L.G.D.J., 1997, pp. 557-600
- L'enlèvement parental international, dans J.-L. Renchon (dir.), *L'enfant et les relations familiales internationales*, Bruylant, 2003, pp. 363-400

De Mello X.A.

- Droit de la concurrence et droits de l'homme, *R.T.D. eur.* 1993, p. 601

De Salas A.

- Suivi de la Conférence ministérielle européenne sur les droits de l'homme (Rome, 3 - 4 novembre 2000), *Actualité et Droit International*, sept. 2001, p. 2, www.ridi.org/adi/200109a1.pdf

De Schutter O.

- La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national, *R.B.D.I.* 1997, pp. 21- 68
- L'adhésion de l'Union européenne à la convention européenne des droits de l'homme comme élément du débat sur l'avenir de l'Union, dans M. Dony et E. Bribosia (éd.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, pp. 205-256
- L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes, in G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, pp. 189-242
- *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes*, CRIDHO Working Paper 2005/07, Consultable sur : <http://cridho.cpd.r.ucl.ac.be/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2005.07.pdf>
- L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation, *R.T.D.H.* 2010, n° 83, p. 535

De Schutter O. et Weyembergh A.

- La cohabitation légale. Une étape dans la reconnaissance des unions entre personnes du même sexe ?, *J.T.* 2000, n° 5955, pp. 93-106

Dethloff N.

- Arguments for the unification and harmonisation of family law in Europe, dans K. Boele-Woelki (éd.), *Perspectives for the unification and harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 37-64

Deumier P.

- Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation, *Arch. phil. droit*, 2007, p. 4

De Vareilles Sommières P.

- Le forum shopping devant les juridictions françaises, *T.C.F.D.I.P.*, 1998-1999, pp. 49-70
- La libre circulation des jugements rendus en matière matrimoniale en Europe, *G.P.*, 18 déc. 1999, p. 15

De Vel G. et T. Markert T.

- Importance and weaknesses of the Council of Europe conventions and of the recommendations addressed by the Committee of ministers to member States, dans B. Haller, H. C. Krüger et H. Petzold (Eds.), *Law in Greater Europe. Towards a Common Legal Area, Studies in Honour of Heinrich Klebes*, Kluwer Law International, 2000, pp. 345-353

Devers A.

- Les relations entre le règlement Bruxelles II bis et les autres normes de droit international privé, *R.L.D.C.*, 2005, n° 20, p. 72
- Actualité du droit communautaire et international de la famille, *Dr. fam.*, 2007, études, n° 7, pp. 16-21
- La circulation des statuts du couple dans l'espace européen, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp. 81-108
- La reconnaissance et l'exécution des décisions sous l'empire du règlement « Bruxelles II bis », *A.J. fam.* 2005, n° 7-8, pp. 262-264

Digoix M.

- Scandinavie, Le concept nordique d'égalité entre différenciation et universalisme, dans V. Descoutures, M. Digoix, E. Fassin et W. Rault, *Mariages et homosexualités dans le monde, l'arrangement des normes familiales*, Autrement, 2008, pp. 18-33

Dinesen J.K.A.

- L'initiative scandinave : le partenariat enregistré, dans *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, pp. 419-424

Djemni-Wagner S.

- L'évolution du droit communautaire de la responsabilité parentale, *G.P.*, 3-4 sept. 2004, doct., pp. 2806-2813

Döle H.

- L'égalité de l'homme et de la femme dans le droit de la famille. Etude de politique législative comparée, *R.I.D.C.* 1950, pp. 250-275

Dollat P.

- «*Der Teufel Steckt im Detail*» De l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH et de ses vicissitudes..., *R.M.C.U.E.* 2010, n° 542, pp. 556-565

D'Onorio J.-B.

- La protection constitutionnelle du mariage et de la famille en Europe, *R.T.D. civ.* 1988, pp. 1-29

Dord O.

- Systèmes juridiques nationaux et cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité ?, *Pouvoirs, Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°96, 2001, pp. 5-18

Douet F.

- L'aménagement de la situation fiscale des pacsés par la loi de finances pour 2005, *D.* 2005. 1058

Douris M.

- La diversité des couples et l'unicité de la parenté : une évolution contenue du droit français de la famille, dans P. Boucaud, *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : Etude pluridisciplinaire*, Bruylant, 2009, pp. 13-58
- Homosexualité, couples non mariés, accès au mariage et à la parenté : l'évolution du droit français de la famille devant le Conseil constitutionnel, *LPA*, 2011, n° 11, pp. 4-7.

Dreyer E.

- La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, *D.* 2006, chron., p. 748

Drouet S.

- La communautarisation de « Bruxelles II ». Chronique d'une mutation juridique, *R.M.C.U.E.* 2001, n° 447, pp. 247-257

Droz G.

- La codification du droit international privé des successions. Perspectives nouvelles, *T.C.F.D.I.P.*, 1966-1969, pp. 319-352

Dubos O.

- Adaptation européenne des législations nationales et système juridique étatique : quelle alchimie, *LPA*, 2004, n° 198, pp. 6-15

Dubouis L.

- Les principes généraux du droit communautaire, un instrument périmé de protection des droits fondamentaux ? ; dans *Les mutations contemporaines du droit public*, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz, 2002, pp. 77-90

Dutheil de la Rochère J.

- La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : quel apport à la protection des droits ?, dans *Les mutations contemporaines du droit public*, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz, 2002, pp. 91-106

Ekström M.

- Les règles communautaires en matière matrimoniale : du règlement « Bruxelles II » à la proposition « Rome III », *L'Obs. de Brux.*, 2007, n° 67, pp. 19-22

Elvinger M.

- Le recours, par les juridictions luxembourgeoises, aux techniques de droit comparé dans l'interprétation et l'application du droit luxembourgeois, dans U. Drobnig et S. van Erp (ed.), *The Use of Comparative Law by Courts*, XIVe Congrès international de droit comparé, Kluwer Law International, 1999, pp. 231-234

Espin Canovas D. et Pau Padron A.

- Le régime juridique des biens destinés à l'usage commun des époux, Espagne, *R.I.D.C.* 1990, pp. 1199-1213

Etiennay A.

- Le droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec ses ascendants, dans M. Bourassin et C. Coutant-Lapalus (dir.), *Les droits des grands-parents, une autre dépendance ?*, Dalloz, à paraître

Evrigenis D.

- Réflexions sur la dimension nationale de la Convention européenne des droits de l'homme, Colloque d'Athènes, septembre 1978, p.2

Fabre M.

- L'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par les juges nationaux, *LPA*, 1996, n° 93, p. 4 et s.

Fallon M.

- Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, L'expérience de la Communauté européenne, *Rec. Cours Acad. La Haye*, 1995, t. 253, p. 13 et s.
- Droit familial et droit des Communautés européennes, *R.T.D. fam.* 1998, n° 3, pp. 361-400
- Questions actuelles de conflit de lois relatives à l'enfant, dans J.-L. Renchon (dir.), *L'enfant et les relations familiales internationales*, Bruylant, 2003, pp. 41-82
- Libertés communautaires et règles de conflit de lois, dans A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004, pp. 31-80
- Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne, dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 241-262

Fallon M. et Francq S.

- La coopération judiciaire civile et le droit international privé. Vers un droit proprement communautaire des conflits de lois ou de juridictions, dans O. de Schutter et P. Nihoul (coord.), *Une constitution pour l'Europe, Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, 2004, pp. 239-301

Farge M.

- Était-il opportun de définir la notion de résidence habituelle en droit international privé communautaire ? À propos de Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2005, *Dr. fam.*, 2006, Étude 17, pp. 19-20
- Promotion transfrontière du droit à obtenir des aliments : l'apport du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 (1^{re} partie) et (2^e partie), *Dr. fam.* 2011, n° 9, Etude n° 18, p. 11 et n° 10, Etude n° 20, p. 10

Fauvarque-Cosson B.

- Faut-il un Code civil européen ?, *R.T.D. civ.* 2002, p. 463 et s.
- Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique ?, dans *De tous horizons, Mélanges X. Blanc-Jouvan*, Société de Législation comparée, 2005, pp. 69-90

Fauvarque-Cosson B. et van Gerven W.

- La convergence des droits en Europe, *LPA*, 2007, n° 79, pp. 63-81

Favard J.

- Le labyrinthe des droits fondamentaux, *Dr. Soc.* 1999, p. 215

Favier Y.

- La famille et l'Europe : la concurrence des droits dans la vie privée et familiale, *Recherches familiales*, 2008/1, n° 5, pp. 79-94

Fenouillet D.

- La parentalité en question : la parenté éprouvée, *LPA*, 24 mars 2010, n° 59, pp. 7-17

Fercot C.

- Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme en droit allemand. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regards sur le droit français, *Rev. fr. dr. const.*, n° 71, 2007/3, pp. 639-665

Ferrand F.

- Le droit civil de la famille et l'égalité des époux en République Fédérale d'Allemagne, *R.I.D.C.* 1986, pp. 867-895

Festy P.

- La reconnaissance légale des couples homosexuels en Europe, *Info. Soc.* 2008/5, n° 149, pp. 124-135

Flauss-Diem J.

- Le régime juridique des biens destinés à l'usage commun des époux, Angleterre, *R.I.D.C.* 1990, pp. 1137-1166.
- L'introduction de la « responsabilité parentale » en droit anglais, *LPA*, 1991, n° 94, pp. 38-46
- Le Children Act 1989 ou le passage des droits parentaux à la responsabilité parentale en droit anglais, dans R. Ganghofer, *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, PUF, 1992, pp. 405-430
- Couples de même sexe et famille. Version anglaise (à propos de la décision Fitzpatrick du 28 octobre 1999), *Dr. fam.* 2000, n° 12, chron. n° 24, pp. 8-11

Flauss J.-F.

- La protection de l'intégrité du nom par le droit communautaire, *R.T.D.H.* 1994, pp. 445-469
- Principes généraux du droit communautaire dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles des Etats membres, dans *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées*, Hommage à Louis Dubois, La Documentation française, 2000

Fleuriot C.

- Droits patrimoniaux : deux propositions de règlement pour les couples multinationaux, *D.* 2011, p. 875
- Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, *D.* 2011, n° 7, n° 443

Fontaine N.

- Bruxelles II. La nouvelle convention entre les Etats de l'Union européenne sur le règlement des conflits transnationaux en matière familiale, *Dr. et patr.* 1999, n° 69, pp. 22-28

Fossier T.

- Vers un statut de l'administrateur ad hoc, *Dr. fam.* 1999, chron. n° 131

Foyer J.

- Reconnaissance et exécution des jugements étrangers et des actes authentiques, dans G. Khairallah et M. Revillard, *Perspectives du droit des successions européennes et internationales, études de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, Defrénois, 2010, pp. 135-151

Florimond G.

- Les instruments du règlement « Bruxelles II bis » facilitant la circulation des décisions dans l'espace judiciaire commun, article consultable sur : http://www.valhalla.fr/wpcontent/uploads/2010/03/La_circulation_des_decisions_dans_le_reglement_Bruxelles_II_bis.pdf

Francoz-Terminal L.

- Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire, *Dr. fam.* 2009, Etudes n° 30, pp. 16- 21

Frank R.

- Le statut juridique de l'enfant d'un autre lit en droit allemand, dans M.-T. Meulders-Klein et I. Théry (dir.), *Quels repères pour les familles recomposées ?*, L.G.D.J., 1995, pp. 157-176
- Mariage et concubinage, réflexions sur le couple et la famille, dans *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, pp. 3-13

Frydman B.

- Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle, conclusion, dans *Le dialogue des juges*, Bruylant, 2007, pp. 147-166

Fulchiron H.

- Enfants et beaux-parents : droit et non droit dans la famille, *Dialogue*, 1987, 3^e trim., pp. 40-49
- La transmission des biens dans les familles recomposées : entre trop de droit et pas de droits, dans M.-T. Meulders-Klein et I. Théry (dir.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Nathan, 1993, pp. 281-298
- Autorité parentale et familles recomposées, dans *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, L.G.D.J., 1994, pp. 141-163

- La transmission des biens dans les familles recomposées, *Deifr.* 1994, art. 35853, pp. 833-856
- Le droit français face au phénomène des recompositions familiales, dans M.-T. Meulders-Klein et I. Théry (dir.), *Quels repères pour les familles recomposées ?*, L.G.D.J., 1995, pp. 121-139
- L'autorité parentale dans les « secondes familles », *LPA*, 1997, n° 118, p. 21 et s.
- La famille face à la mondialisation, dans E. Loquin et C. Kessedjian (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, pp. 479-493
- L'autorité parentale à l'épreuve du pluralisme familial, *Dr. fam.* 2000, n° 12, Etude n° 8, pp. 43-47
- La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas, *JCP. G.* 2001, act., pp. 1033-1035
- La séparation du couple en droit international privé, *LPA*, 2001, n° 62, pp. 4-14
- Couples, mariage et différence des sexes : une question de discrimination ?, dans *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, pp. 29-52
- Une nouvelle réforme de l'autorité parentale. Commentaire de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de la loi « Malhuret », *D.* 1993, p. 117 ; H. Fulchiron, L'autorité parentale, rénovée, *Deifr.* 2002, p. 959
- La responsabilité parentale dans l'espace européen, dans D. Gadbin et F. Kernaleguen (dir.), *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruylant, 2004, pp. 175-188
- Les métamorphoses des cas de divorce, *Deifr.* 2004, doctr., art. n° 37999, pp. 1103-1123
- Existe-t-il un modèle familial européen ?, *Deifr.* 2005, art. 38239, pp. 1461-1478
- Vers la communautarisation des règles de conflit de lois en matière de divorce ? (à propos du livre vert de la Commission sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce), *AJ fam.* 2005, n° 11, pp. 390-393
- « Bruxelles II Bis » : le nouveau droit judiciaire européen du divorce et de la responsabilité parentale, *Dr. et patr.* 2005, n° 136, pp. 34-46
- Divorce et Responsabilité parentale version « Bruxelles II bis », *Droit et patr.* 2005, n° 138, pp. 46-47
- Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? Réflexions sur « l'homoparentalité », *AJ fam.* 2006, n° 11, pp. 392-395
- Le nouveau Pacs est arrivé !, *Deifr.* 2006, art. 38471
- De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXIe siècle, dans *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008
- Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant, *G.P.*, 6-8 déc. 2009, doctr., pp. 3522-3526
- Mariage et conjugalité ; parenté-parentalité : métamorphose ou rupture ?, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009

Fulchiron H. et Gouttenoire-Cornut A.

- Réformes législatives et permanence des pratiques : à propos de la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale par la loi du 8 janvier 1993, *D.* 1997, pp. 363-369

Furgler K.

- L'évolution actuelle et les perspectives d'harmonisation du droit de la famille au sein de l'Europe, *Diritto di Famiglia e della Persone*, 1977, pp. 913-938

Furkel F.

- Les dispositions de la loi allemande du 14 juin 1976 relatives au nom : modèle pour une réforme du droit français, *R.I.D.C.* 1985, pp. 353-377
- La réforme du nom en Allemagne (Les dispositions essentielles de la loi du 16 décembre 1993), *R.I.D.C.* 1994, pp. 1135-1141
- Le nouveau droit de l'enfance en République fédérale d'Allemagne, *R.T.D. civ.* 1998, pp. 804-820
- Le droit à la connaissance de ses origines en République fédérale d'Allemagne, *R.I.D.C.* 1997, p. 931 et s
- L'évolution du droit de la famille en République Fédérale d'Allemagne, dans P. Boucaud (dir.), *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, Bruylant, 2009, pp. 85-103
- L'évolution récente du droit de la famille en Allemagne, consultable sur : <http://www.atds.org.tn/CONF%20FURKELL%20%20droit%20famille%20Tunis.pdf>
- L'évolution du droit de la famille en République Fédérale d'Allemagne, dans P. Boucaud (dir.), *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, Bruylant, 2009, pp. 85-103

Gaïa P.

- La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Revue française de droit constitutionnel*, 2004/2, n° 58, pp. 227-246

Gallus N.

- Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *Rev. Dr. ULB*, 2005, n° 32, pp. 13-68
- Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge, *R.J.T.* 2010, n° 44, pp. 145-162

Galmot Y.

- Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des Communautés européennes, *R.F.D.A.* 1990, pp. 255-262

Gandolfi G.

- Pour un code européen des contrats, *R.T.D. civ.* 1992, p. 707 et s.

Gannagé P.

- La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille, *R.C.D.I.P.* 1992, pp. 425-454

Ganshof van der Meersch W.J.

- La référence au droit interne des Etats contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *R.I.D.C.* 1980, pp. 317-335

Gaudemet J.

- Les transferts de droit, dans *Sociologie historique du droit*, PUF, 2000, p. 91

Gaudemet-Tallon H.

- La désunion du couple en droit international privé, *R.C.A.D.I.* 1991-I, t. 226, pp. 1- 279
- L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye), dans *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, pp. 181- 192
- La famille face au droit communautaire, *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, L.G.D.J., 1996, p. 85 et s.
- La Convention dite « Bruxelles II » : convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, *T.C.F.D.I.P.* 1998-1999, pp. 83-110
- Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions, *R.M.C.U.E.* 2000, n° 437, pp. 228-242
- Quel droit international privé pour l'Union européenne ?, dans *International conflict of laws for the third millenium, essays in honor of F.K. Juenger*, Ardsley, 2001, pp. 317-338
- Le règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 : « Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs », *J.D.I.* 2001, pp. 381-430
- Brefs propos introductifs, dans *Le droit international privé communautaire : émergence et incidences*, *LPA*, 2002, n° 248, pp. 3-5
- De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union européenne ?, dans *Estudos em homenagem a Professora Doutora Isabel de Magalhaes Collaco*, Almedina, 2002, pp. 159-185
- Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel), *R.C.A.D.I.* 2005, t. 312
- Incertaines familles, incertaines frontières : quel droit international privé ?, dans *Mélanges en l'honneur de M. Revillard*, Defrénois, 2007, pp. 147-168
- De quelques sources internationales du droit international privé : ordre ou désordre ?, dans *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 463-486

Gazis D.

- Avant-projet et exposé des motifs de la loi concernant l'adaptation des dispositions du Code civil et spécialement du droit de la famille au principe constitutionnel de l'égalité entre homme et femme, dans *Introduction de l'égalité des droits et des devoirs entre hommes et femmes*, Ministère de la justice hellénique, 1979, p. 50 et s.

Genevois B.

- La Convention et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : complémentarité ou concurrence ?, *LPA*, 2010, n° 254, pp. 17-25

Gerkrath J.

- L'effet contraignant des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vu à travers le prisme de la Cour constitutionnelle allemande, *R.T.D.H.* 2006, pp. 713-734

Giacopelli M.

- M. Giacopelli-Mori, L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés, *R.T.D. civ.* 2001, pp. 504-528

Gjidara M.

- Le Code civil français survivra-t-il à la construction européenne ?, *Zbornik PFZ*, 2006, 56(4), pp. 911-967

Glaudet P.

- Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme, *LPA*, 2004, n° 65, p. 3

Gobert M.

- L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970), *JCP. G.* 1971. I. 2421

Golsong H.

- Les travaux de droit privé du Conseil de l'Europe, *T.C.F.D.I.P.*, 1973-1975, pp. 161-187

Goré M.

- « De la mode »... dans les successions internationales : contre les prétentions de la *professio juris*, dans *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, pp. 193-201

Goubeaux G.

- Le nom, dans *Droit de l'enfant et de la famille*, hommage à Marie-Josèphe Gebler, Presses universitaires de Nancy, 1998, p. 30

Gouron-Mazel A.

- La Cour de cassation face à la Convention européenne des droits de l'homme, *JCP. G.* 1996. II. 3937

Gouttenoire A.

- L'enfant et les procédures relatives à l'autorité parentale, *Dr. fam.*, 1998, n° 4, chron. n° 6, pp. 4-6
- La réforme imparfaite de la procédure d'assistance éducative, *Dr. fam.* 2003, chron. n° 14
- La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002, *Dr. fam.* 2002, chron. 24
- L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir, *AJ fam.* 2003, n° 11, pp. 368-372
- Dessine moi une procédure ou le statut procédural de l'enfant en Europe, dans D. Gadbin et F. Kernaleguen (dir.), *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruylant, 2004, pp. 321-333
- La double protection de la famille en Europe, *Info. Soc.* 2006/1, n° 129, pp. 34-42
- Les droits et obligations découlant de la vie familiale, dans J.-J. Lemouland et M. Luby (dir.), *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007, pp. 77-86
- La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Info. Soc.*, 2008, n° 149, pp. 40-51
- La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, dans *Le monde du droit, Écrits en l'honneur de J. Foyer*, Économica, 2008, p. 495 et s.
- La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après. Commentaire article par article, *Dr. fam.* 2009, n° 11, pp. 11-56
- La prise en charge de l'enfant d'autrui, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité*,

parenté-parentalité, Dalloz, 2009, pp. 165-176

- La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2008-2009, *Dr. fam.* 2010, étude n° 1, pp. 9-14
- La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Dr. fam.* 2011, n° 4, Etude n° 10

Gouttenoire A. et Brunet L.

- Droits de l'enfant, novembre 2005-mars 2007, *D.* 2007, panorama, pp. 2192-2200

Gouttenoire-Cornut A. et Murat P.

- L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant, *Dr. fam.* 2003, n° 1, chron. n° 1, p. 4

Granet F.

- Les droits des pères dans les législations européennes à la fin du XXe siècle, dans J. Délumeau et D. Roche (dir.), *Histoire des pères et de la paternité*, Larousse, 2000, 2^e Ed., pp. 439-462
- Les droits des pères dans les législations européennes à la fin du XXe siècle, dans J. Délumeau et D. Roche (dir.), *Histoire des pères et de la paternité*, Larousse, 2000, 2^eéd., pp. 439-462
- Convergences et divergences des droits européens de la famille, *Dr. fam.* 2000, n° 12 bis, n° 1, pp. 6-17
- *L'exercice de l'autorité parentale dans les législations européennes*, Rapport pour le Haut conseil de la population et de la famille, oct. 2002, Consultable sur : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000551/0000.pdf>
- *Le transsexualisme en Europe*, consultable sur :
- <http://www.ciec1.org/Etudes/transsexualisme/TranssexualismeEnEurope.NoteSynthese2avecMAJau20-9-02.pdf>
- Le mariage et les formes concurrentes de vie en couple en Europe, *R.D.C.* 2003, t. 53/1, pp. 107-133
- Le père au regard du droit, *Le Nouvel Observateur*, n° hors-série, La paternité négociée, janv. 2003, p. 47
- Les préoccupations dominantes dans les législations européennes actuelles en matière d'autorité parentale, dans F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (Eds), *L'autorité parentale en question*, Presses universitaires du Septentrion, 2003, pp. 189-218
- L'accès au divorce : droit comparé, *AJ fam.* 2003, p. 225
- Parenté commune ou parentalité partagée dans les couples de même sexe-Panorama européen, *AJ fam.* 2006, n° 11, pp. 409-413
- Maternité de substitution, filiation et état civil. Panorama européen, *Dr. fam.* 2007, n° 12, Etude n° 34, pp. 9-10
- Panorama européen de droit de la filiation, *Dr. fam.* 2007, étude n° 30, pp. 7-12
- La diversité des modes de conjugalité : panorama de droit comparé, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp. 3-21

Granet-Lambrechts F. et Hilt P.

- La parole de l'enfant dans les procédures familiales en Europe, *AJ fam.* 2006, p. 456

Grewe C.

- Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *R.U.D.H.* 2004, pp. 26-32

Gross F.

- La réforme de la puissance parentale en droit allemand, *Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, Tome XXIX, 1981, pp. 345-363

Guez P.

- L'interprétation de la notion de résidence habituelle au sens du règlement « Bruxelles II » : *G.P.*, 14-15 janv. 2005, p. 64
- L'avenir du droit international privé communautaire de la famille, dans J.-S. Bergé et I. Omarjee, l'avenir du droit européen : le droit de la famille, chronique de droit européen n° IX, *LPA*, 2006, n° 221, pp. 17-20
- De quelques précisions essentielles sur la mise en œuvre du règlement Bruxelles II bis, *G.P.*, 28 nov. 2009, n° 332, p. 15

Hammje P.

- L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé, dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 365-381
- Le règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit « Bruxelles II bis ». Les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution, dans H. Fulchiron et C. Nourissat (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 87-103
- 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, *R.C.D.I.P.* 2011, pp. 291-338

Harremoes H.

- Le Conseil de l'Europe et le droit de la famille, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 9-15

Hauser J.

- Vers un droit commun familial, *D.* 1991, chron., p. 56
- Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille, dans *Droits des personnes et de la famille, Liber Amicorum à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, L.G.D.J., 1994, pp. 235 et s.
- La concurrence des formes juridiques de vie en couple, *Dr. fam.* 2000, n° 12 bis, n° 3, pp. 20-24
- Le juge homologateur en droit de la famille, dans P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 114 et s.
- Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004/16, pp. 104-110
- L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille, dans *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, études en l'honneur*

de J.-C. Gautron, Editions Pedone, 2004, pp. 105-116

- Des filiations à la filiation, *R.J.P.F.*, 2005, n° 9, pp. 6-11
- Quel droit européen en matière de couple ? Le couple du 21^e siècle, *Info. Soc.* 2006/1, n° 129, pp. 58-68
- La réforme de la filiation et les principes fondamentaux, *Dr. fam.* 2006, n° 1, Etude n°1

Hauser H. et Delmas Saint-Hilaire P.

- Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ?, *Defr.* 2005, art. 38115, pp. 357-371, spéc. p. 359

Hennebel L.

- Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme, dans *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 2007, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, n° 9, pp. 31-76

Herbrand C.

- Les mutations du mariage et de la parenté, dans V. Descoutures, M. Digoix, E. Fassin et W. Rault, *Mariages et homosexualités dans le monde, l'arrangement des normes familiales*, Autrement, 2008, pp. 34-44
- L'impasse de la pluriparentalité au niveau légal : analyse du projet de « parenté sociale » en Belgique, *Enfances, Familles, Générations*, 2011, n° 14, pp. 26-50

Heuzé V.

- D'Amsterdam à Lisbonne, l'Etat de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflit de lois, *JCP. G.* 2008. I. 166

Hiernaux G.

- La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire et règlementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, *R.T.D. fam.* 2007, pp. 9-60

Hilf M.

- The role of comparative law in the jurisprudence of the court of justice of the european communities, dans A. de Mestral, S. Birks, M. Bothe, I. Cotler, D. Klinck, A. Morel (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Les éditions Yvon Blais Inc., 1986, pp. 549-574

Hilt P.

- La loi du 4 mars 2002 : les juges ne suivent pas toujours, *AJ. fam.* 2003, n° 9, p. 288 et s.
- L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations enfants-parents séparés, *AJ fam.* 2004, n° 11, p. 384

Hincker L.

- Couple conjugal et couple parental. Etude comparative des législations française et allemande, *Rev. Sc. Soc.*, 1996, n° 23, pp. 178-182

Huet A.

- Le droit de la famille et les conflits de juridictions en droit international privé européen, dans *Liber Amicorum à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, L.G.D.J., 1994, p. 243

Huet-Weiller D.

- De la puissance paternelle à la responsabilité parentale, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 405-413

Hugon C.

- Le regard du droit civil, dans O. Dubos et J.-P. Marguénaud (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, A. Pédone, 2007, pp. 93-101

Hunter-Hénin M.

- Droit des personnes et droits de l'homme : Combinaison ou confrontation, *R.C.D.I.P.* pp. 743-775

Huyette M.

- La nouvelle procédure d'assistance éducative, *D.* 2002, chron. pp. 1433-1441

Idot L.

- Rapport introductif, dans J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruylant, 2003, pp. 17-38
- Droit communautaire et droit comparé : brèves observations sur une rencontre indispensable, dans *Les sources du droit. Aspects contemporains*, Société de législation comparée, 2007, pp. 281-296
- Le divorce international, première utilisation du mécanisme des coopérations renforcées, *Europe*, 2011, alertes n° 10

Imbert P.-H.

- De l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH (symposium des Juges au Château de Bourglinster-16 septembre 2002), *Droits fondamentaux*, n° 2, janvier-décembre 2002, pp. 11-19

Isola A.

- Les principes d'organisation familiale posés par la « législation » issue du Conseil de l'Europe, dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, L.G.D.J., 1996, pp. 31-44

Jacobs F. G.

- European Community Law and the European Convention on Human Rights, dans *Essays in Honour of H.G. Schermers*, Dordrecht, Nijhoff, 1994, vol. II, p. 549 et s.

Jacoby E.

- Le certificat successoral européen, *JCP. N.* 2010, Etude 1122, pp. 29-35

Jacqué J.-P.

- Les droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne, *L'Obs. de Brux.*, 2010, n° 80, pp. 17-20

Jacques J.-P.

- La communautarisation des politiques nationales, *Pouvoirs*, n° 48, 1989, pp. 29-38

Jäntera-Jareborg M.

- Unification of International Family Law, A critical Perspective, dans M. Jäntera-Jareborg, Unification of International Family Law, A critical Perspective, dans K. Boele-Woelki (dir.), *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 194- 216, pp. 194- 216

Jazottes G.

- L'incidence du droit international privé communautaire sur l'ordre communautaire, *LPA*, 2002, n° 248, pp. 38-43

Jeammaud A.

- Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ?, dans F. Osman (dir.), *Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des Etats-membres de l'Union européenne*, Bruylant, 1998, pp. 35-56

Jeammin-Petit E.

- La libéralisation du changement de régime matrimonial, *JCP. G.* 2007. I. 108

Jestaz P.

- Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit), *R.T.D. civ.* 1993, pp. 73-85
- Le principe d'égalité des personnes en droit privé, dans *La personne humaine, sujet de droit*, PUF, 1994, pp.159-170

Jung B.

- Le divorce remède ou la place faite au divorce objectif dans le nouveau droit du divorce en France et en République Fédérale d'Allemagne, *JCP. G.* 1979. I. 2940

Kakouris C.N.

- L'utilisation de la méthode comparative par la Cour de justice des Communautés européennes, dans U. Drobnig et S. van Erp (Eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, Kluwer Law International, 1999, pp. 97-111

Kernaleguen F.

- Le droit à l'établissement et au maintien du lien de filiation dans l'espace européen, dans D. Gadbin et F. Kernaleguen, *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruylant, 2004, pp. 101-117

Kessedjian C.

- La relation des textes de référence avec le droit primaire, dans M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2009, pp. 119-133

Khairallah G.

- La loi applicable à la succession, dans G. Khairallah et M. Revillard, *Perspectives du droit des successions européennes et internationales, études de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, Defrénois, 2010, pp. 61-79

Killerby M.

- The Council of Europe's Contribution to Family Law (Past, Present and Future), dans *Families across Frontiers*, N. Lowe et G. Douglas (éd.), 1996, Kluwer Academic Publishers, pp. 13-25

Kirchhof P.

- The balance of powers between national and european institutions, *E. L. J.* sept. 1999, vol. 5, n°3, pp. 225-242

Kohler C.

- L'article 220 du traité CEE et les conflits de juridictions en matière de relations familiales : premières réflexions, *Riv. di diritto internazionale privato e processuale*, 1992, p. 221 et s.
- La Cour de justice des Communautés européennes et le droit international privé, *T.C.F.D.I.P.* 1993-1995, pp. 71-87
- Interrogations sur les sources de droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam, *R.C.D.I.P.* 1999, pp.1-30

Kohler C. et Buschbaum M.

- La « reconnaissance » des actes authentiques prévue pour les successions transfrontalières. Réflexions critiques sur une approche douteuse entamée dans l'harmonisation des règles de conflits de lois, *R.C.D.I.P.* 2010, pp. 629-651

Kortman S.

- L'incidence de la jurisprudence de la cour de Strasbourg sur le droit de la famille néerlandais, in *Les incidences des jurisprudences internationales sur les droits néerlandais et français notamment sur les Droits de l'Homme*, Actes du Colloque organisé à Poitiers les 13-14-15 mai 1991 par les Facultés de Droit de Nimègue et de Poitiers, PUF, 1992, pp. 93-104

Koumantos G.

- Evolution récente du droit de la famille en Grèce, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 155-161

Konstanze-Charlier I.

- *La Cour européenne des Droits de l'Homme et l'ordre juridique allemand*, supplément de la lettre n° 210 de la Fondation Robert Schuman, 2 mai 2005, in http://www.robert-schuman.eu/question_europe.php?num=su-210

Kreuzer K.

- La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives, dans L. Vogel (dir.), *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, Editions Panthéon-Assas, 2001, pp. 97-137

Kriegk J.-F.

- La gestion des conflits internationaux en matière civile : de la communauté des sources à l'harmonisation des normes ?, *LPA*, 2000, n° 32, pp. 10-16

Krüger H.C. et Polakiewicz J.

- Propositions pour la création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe, *R.U.D.H.* 2001, p. 1

Labbée X.

- Pacs : encore un tout petit effort !, *AJ fam.* 2007, n° 1, pp. 8-10
- L'enfant du couple de lesbiennes, *D.* 2007, pt de vue, pp. 2882-2883

Labayle H.

- La libre circulation des personnes en Europe, de Schengen à Amsterdam, dans *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, Union des avocats européens, Bruylant, 1999, pp. 3-35
- Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne, *Cah. dr. eur.* 2004, n° 5/6, pp. 591-661

Lagarde P.

- Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, *R.C.A.D.I.* 1986, t. 196, pp. 25-237
- Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé, dans *Conflits et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Editions Universitaires Fribourg, Suisse, 1990, pp. 511-528
- La formation progressive du droit international privé communautaire, *Defr.*, 15 avril 2005, n° 1, art. 10007, p. 31 et s.
- Vers un règlement communautaire du droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions, dans *Pacis Artes, Derecho internacional privado, derecho constitucional y varios, Homenaje al Profesor Julio P. Gonzalez Campos*, U.A.M. Eurolex, 2005, t. 2, pp. 1687-1708
- *Le nouveau règlement Bruxelles II. Introduction et champ d'application*, article consultable sur : <http://cerme.free.fr/pdf/loi/bruxellesIIbis.pdf>
- Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille, *Ann. de l'Institut de droit international*, 2005, vol. 71-I, pp. 11-115
- Présentation de la proposition de règlement sur les successions, dans G. Khairallah et M. Revillard, *Perspectives du droit des successions européennes et internationales, études de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, Defrénois, 2010, pp. 5-15

Lamarche M.

- Des personnes, des familles et des chiffres pour un bilan démographique, *Dr. fam.* 2010, Alerte n° 6

Lambert P.

- Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité, dans F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 63-89

Laouenan O.

- Les conventions sur l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002, *JCP. G.* 2003.I.149

Lardeux G.

- La révision du règlement *Bruxelles II « bis »* : perspectives communautaires sur les désunions internationales, *D.* 2008. Chron. 795, spéc. p. 801
- L'introduction des règles de conflit de lois, dans A. Leborgne et I. Barrière-Brousse (dir.), *Actualité du droit international privé de la famille*, P.U.A.M., 2009, pp. 91-124
- Rome III est mort. Vive Rome III !, *D.* 2011, p. 1835

Larribau-Terneyre V.

- La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste, dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 83-107
- La place du médiateur dans les conflits relatifs à l'autorité parentale, dans F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (Eds), *L'autorité parentale en question*, Presses universitaires du Septentrion, 2003, pp. 139-164
- L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile. A propos de la loi du 23 juin 2006, *Dr. fam.* 2007, Etudes n° 1, pp. 9-15
- À propos de la question prioritaire de constitutionnalité, *Dr. fam.* 2010, n° 6, étude n° 13, pp. 13-18

Lasser M.

- Judicial (self-)Portraits : judicial Discourse in the French Legal System, (1995) 104 *Yale L. Journal*, p. 1325 et s.

Lasserre-Kiesow V.

- L'ordre des sources ou le renouvellement des sources, *D.* 2006, doct., pp. 2279-228

Leclercq V.

- La médiation familiale dans la loi du 26 mai 2004, *Dr. fam.* 2004, n° 10, Etude n° 23, pp. 12-14

Legeais R.

- L'utilisation du droit comparé par les tribunaux. Rapport français, in U. Drobnig et S. van Erp (ed.), *The Use of Comparative Law by Courts*, XIVe Congrès international de droit comparé, Kluwer Law International, 1999, pp. 113-125

Legrand P.

- Sens et non-sens d'un code civil européen, *R.I.D.C.* 1996, pp. 779-812

Leleu Y.-H.

- Nécessité et moyens d'une harmonisation des règles de transmission successorale en Europe, *E.R.P.L.*, 1998, n° 6, pp. 159-194

Lelieur J. et Sinopoli L.

- Approche critique du vocabulaire juridique européen : la reconnaissance mutuelle en débat, *LPA*, 22 févr. 2010, n° 37, pp. 7- 18

Lemouland J.-J.

- Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ?, *D.* 1997. Chron. 133
- Le tourisme procréatif, *LPA*, 28 mars 2001, n° 62, pp. 24-33
- Le couple en droit civil, *Dr. fam.* 2003, n° 7/8, pp. 11-16
- La loi du 26 mai 2004 relative au divorce, *D.* 2004, chron., pp. 1825-1837
- L'émergence d'un droit commun des couples, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp. 33-46

Lenaerts K.

- Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne, dans *Mélanges Louis Edmond Petiti*, Bruylant, 1999, pp. 422-455
- Le droit comparé dans le travail du juge communautaire, dans F.-R. van der Mensbrugge (éd.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Kluwer Law International, 1999, pp. 111-168
- Interlocking Legal Orders or the European Union Variant of E Pluribus Unum, dans G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve (Ed.), *Comparative Law before the Courts*, British Institute of International and Comparative Law, 2004, pp. 99-134

Lequette Y.

- Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales, *R.C.A.D.I.* 1994, II, 11, t. 246
- Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar, *D.* 2002, chron., p. 2202
- Vers un Code civil européen ?, *Pouvoirs*, 2003, n° 47, p. 97 et s.

Leroyer A.-M.

- Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, chron. n° 4, *R.T.D. civ.* 2005, pp. 836-843

Leveneur L.

- Renforcer l'autorité parentale et promouvoir les droits de l'enfant ?, dans F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (Eds), *L'autorité parentale en question*, Presses universitaires du Septentrion, 2003, pp. 43-66

Levinet M.

- Les discriminations au regard du mariage dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage et conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp. 55-80

Librando V.

- Le divorce en droit italien, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 625-631

Lichère F.

- Propos introductifs, dans *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, F. Lichère, L. Potvin-Solis, A. Raynouard (dir.), Bruylant, 2004, pp. 11-14

Limpens A.

- Harmonisation des législations dans le cadre du Marché commun, *R.I.D.C.* 1967, p. 67 et s.

Louis J.-V.

- Rapport, *Revue des droits de l'homme*, 1972, pp. 274 et s

Loussouarn Y.

- La règle de conflit est-elle une règle neutre ?, *T.C.F.D.I.P.* 1980-1981, t. 2, pp. 43-60

Lowe N.

- International Conventions affecting the law relating to children - a cause for concern ?, *International family law*, 2001, pp. 171 et s.

Lodrup P.

- Les expériences dans les pays nordiques, en particulier en Norvège, dans *La révisions du droit du divorce : expériences étrangères*, Colloque organisé par l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne, 12 octobre 1987, Schulthess Polygraphischer, 1988, p. 59

Loussouarn Y.

- Le rôle de la méthode comparative en droit international privé, *R.C.D.I.P.* 1979, p. 3077

Lucet F.

- Familles éclatées, familles reconstituées : les aspects patrimoniaux, *Defr.* 1991, art. 35028, pp. 513-536

Lyn F., Romuald P., Walter J.-B.

- Transsexualisme et droit européen, dans O. Dubos et J.-P. Marguénaud (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, A. Pédone, 2007, pp. 55-67

Mabaka P.-M.

- L'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique britannique, *R.T.D.H.* 2000, pp. 11-42

MacCormick N.

- Questioning sovereignty, *Oxford University Press*, 1999, p. 117

Madiot Y.

- Universalisme des droits fondamentaux et progrès du droit, dans *La protection des droits fondamentaux*, Actes du colloque de Varsovie des 9 au 15 mai 1992, PUF, 1993, p. 35

Mahoney P.

- The comparative method in Judgments of the European Court of Human Rights : Reference back to National Law, dans G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve (Eds), *Comparative Law before the Courts, British Institute of International and Comparative Law*, 2004, pp. 135-150

Malaurie P.

- Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte, *JCP.G.* 2002. I. 110
- Le couple et le fisc, *Dr. fam.* 2011, n° 1, Etude n° 1

Marguénaud J.-P.

- La répudiation refoulée au nom de l'égalité des époux, *R.T.D. civ.* 1996, p. 514,
- L'évolution de la structure familiale, le Code civil et la Convention européenne des droits de l'homme, *L'Europe des Libertés*, n°15, mars 2005, Consultable sur : http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=119&id_rubrique=9

Markesinis B., Fedtke J.

- Unité ou divergence : à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain, *R.I.D.C.* 2001, pp. 807-830
- The judge as Comparatist, (2005) 80 *Tulane Law Review*, p. 11 et s., spéc. p. 26 et s.

Martenet V.

- *CJCE et Cour EDH : unité de vues sur une question délicate relative aux personnes transsexuelles*, www.unige.ch/ceje, actualité, n° 83, 22 mars 2004

Martens P.

- Egalité et transcendance. Quand la broyeuse égalitaire se heurte au rempart du sacré, *J.L.M.B.* 2002, pp. 775-790

Martin-Canivell J.

- Comparative Law Before the Spanish Courts, in G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve, *Comparative Law before the Courts, British Institute of International and Comparative Law*, 2004, pp. 211-216

Marty G.

- Les apports du droit comparé au droit civil, in *Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, Livre du centenaire de la Société de Législation Comparée, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, pp. 91-108

Massip J.

- Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille, *Deifr.* 1990, art. 34682, pp. 149-159
- Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993, *Deifr.*, 1993, p. 609
- L'évolution récente du droit de la famille dans douze pays européens, *Deifr.* 1994, art. 35947, p. 1489 et s.

Mathieu G.

- La réforme du droit de la filiation : une réforme en profondeur, *R.T.D. fam.* 2007, n°2, p. 333

Matscher F.

- Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne, dans F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, pp. 15-40

Mayer D.

- Evolution du statut de la famille en droit international privé, *J.D.I.* 1977, pp. 447-469

McEleavy P.

- The Brussels II Regulation : how the European Community has moved into family Law, *I.C.L.Q.* 2002, vol. 51, pp. 883-908
- First Steps in the Communitarization of Family Law: too much Haste, too little Reflection, dans K. Boele-Woelki (dir.), *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 509-526

Melchior M. et De Greve L.

- Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ?, Rapport belge à la IXe Conférence des Cours constitutionnelles européennes, *R.U.D.H.* 1995, pp. 217-247

Mertens de Wilmar M.J.

- Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, *J.T.* 1991, n° 5575, pp. 37-40
- Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des Etats membres, dans *Mélanges Jean Boulouis*, Dalloz, 2009, p. 391

Meulders-Klein M.-T.

- Le contexte et les lignes de force du projet n° 305, *Ann. Dr. Louvain*, 1979, p. 155
- Le statut juridique des enfants adultérins et incestueux, dans J.M. Pauwels (dir.), *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, Bruylant, 1981, pp. 237-254
- La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale, *R.I.D.C.* 1989, pp. 7-58
- Vers la co-responsabilité parentale dans la famille européenne, *R.T.D. fam.*, 1991, pp. 5-28
- Vie privée, vie familiale et droit de l'Homme, *R.I.D.C.* 1992, pp. 767-794
- Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale, *Droit et Société* 23/24, 1993, pp. 163-197
- Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ?, dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes du colloque organisé par le LERADP de l'Université de Lille II les 15 et 16 déc. 1994, L.G.D.J., 1996, pp. 179-213
- Quelle unité pour le droit de la famille en Europe ?, *R.M.C.U.E.* 2000, n° 438, pp. 328-331
- Les concubinages : diversités et symboliques, dans *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, pp. 603-617
- Égalité et non-discrimination en droit de la famille, le rôle des juges, *R.T.D.H.* 2003, pp. 1185-1202
- Vers une européanisation du droit de la famille ? Une approche politique, dans H.

Fulchiron (dir.), *Mariage-Conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp. 279-289

Meulders-Klein M.-T. et Théry I.

- Avant-propos, dans M.-T. Meulders-Klein et I. Théry (dir.), *Quels repères pour les familles recomposées ?*, L.G.D.J., 1995.

Meyzeaud-Garaud M.-C.

- Un principe de la CEDH pour neutraliser les répudiations marocaines : l'égalité entre époux, *Dr. fam.*, 1998, p. 4.
- La Cour de cassation enfin favorable à l'établissement automatique du lien naturel de filiation maternelle par acte de naissance, *R.L.D.C.* 2006, n° 29, p. 41-44

Mialot C. et Dima Ehongo P.

- De l'intégration normative à géométrie et à géographie variables, dans M. Delmas-Marty (dir.), *Critique de l'intégration normative - L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, 2004

Michel V.

- Convention européenne des droits de l'homme et Charte des droits fondamentaux de l'Union : entre mythe ancien et comte moderne, *LPA*, n°125, 24 juin 2003, pp. 8-20

Millard E.

- L'évolution du droit de la famille, *Réalités familiales*, 2003, n° 68, pp. 80-84

Millet F.

- L'homoparentalité : essai d'une approche juridique, *Deffr.* 2005, doct., art. 38153, p. 743

Minot J.

- Les incidences pratiques du règlement « Bruxelles II bis » en matière de responsabilité parentale, *AJ. fam.* 2005, n° 7-8, pp. 260-262

Mirabail S.

- Le couple, dans C. Neirinck, *La famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille*, Érès, 2003, pp. 29-38

Miranda A.

- « Stirring » the european legal systems : the italian perspective in a comparative overview, dans D. Fasquelle et S. Robin-Olivier (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire : une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, 2008, pp. 299-306
- Le modèle italien : la privatisation des rapports familiaux face aux développements sociaux, dans O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris-Ouest, 2010, pp. 93-105

Mirkovic A.

- Un statut pour le « beau-parent » ?, *D.* 2008. chron., pp. 1709-1713

Moitinho de Almeida J.C.

- La filiation dans la réforme du Code civil portugais du 25 novembre 1977, *Boletim do Ministério da Justiça*, 1979, n° 285, pp. 5-51

Moir G. et Beaumont P. R.

- Brussels Convention II : a new private international law instrument in family matters for the European Union or the European Community?, *E.L.Rev.* 1995, 20(3), pp. 268-288

Molfessis N.

- Pacte civil de solidarité, La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel, *JCP. G.* 2000. I. 210

Molinier J.

- Les méthodes en droit communautaire, dans S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *Vers une culture juridique européenne ?*, Montchrestien, 1998, pp. 111-120

Monaco R.

- Comparaison et rapprochement des législations dans le marché commun européen, *R.I.D.C.* 1960, p. 61

Monéger F.

- L'accouchement sous X devant la Cour européenne des droits de l'homme, L'affaire Odièvre c/ France, *R.D.S.S.* 2003, p. 219
- L'exception française vaut-elle aussi pour le divorce ?, *De tous horizons, Mélanges X. Blanc-Jouvan*, Société de Législation comparée, 2005, pp. 607-621

Moro F.

- Observations sur la communautarisation du droit de la famille, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, t. 43, n° 3, pp. 675-712

Mosler H.

- L'influence du droit national sur la Convention européenne des Droits de l'homme, in *Miscellanea W.J. Ganshof van des Meersch*, Bruxelles, 1972, p.522

Muir-Watt H.

- Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé), *Arch. phil. droit*, 2001, n° 45, pp. 271-284
- Rapport de synthèse, dans *Les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne*, Colloque du Centre d'Etudes européennes, Bruylant, 2001, pp. 235-247
- L'internationalité et le droit de la famille, *Rev. Lamy, Dr. aff.*, 2002, n° 46, études, n° 2978, pp. 51-57

Müller-Freienfels W.

- The Unification of Family Law, *Amer. Journal of Comp. Law*, 16 (1968-1969), pp. 175 et s.

Murat P.

- L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ?, *Dr. fam.* 1998, n° 10, chron. n° 14, pp. 4-9
- Couple, filiation, parenté, dans *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002
- La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations, *Dr. fam.* 2006, n° 7-8, étude 31, pp. 11-14
- *Les grandes mutations du droit de la famille*, podcast visionnable sur : <http://podcast.grenet.fr/episode/les-grandes-mutations-du-droit-de-la-famille/>
- Individualisme, libéralisme, légistique, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp. 237-243

Nascimbene B.

- Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière matrimoniale : un règlement Rome III ? Droits patrimoniaux des couples mariés et non mariés : vers des règles européennes sur les régimes matrimoniaux ?, *R.A.E.* 2007-2008, n° 3, pp. 601-609

Neirinck C.

- La dualité de régime de l'administrateur ad hoc des mineurs, *JCP. G.* 2000. I. 228
- Le droit à une vie familiale pour les transsexuels et les homosexuels, dans J.-J. Lemouland et M. Luby (dir.), *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007, pp. 61-76
- Une famille homosexuelle ?, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp. 143-158

Niboyet M.-L.

- La révision de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000, *G.P.* 10-12 juin 2001, pp. 943-949
- Office du juge : vérification et exercice de la compétence, *Dr. et patr.*, 2005, n° 138, p. 75 et s.

Normand J.

- Le rôle conciliateur du juge et F. Ligot, Justice négociée : le rôle conciliateur du juge et la médiation dans M.-T. Meulders-Klein (dir.), *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, L.G.D.J., 1997, pp. 373-383 et 400-430

Nourissat C.

- Droit civil de l'Union européenne (1^{er} semestre 2003), *D.* 2003, p. 2450
- Droit civil de l'Union européenne : panorama 2004, *D.* 2005, pan., pp. 608-614
- Le règlement « Bruxelles II Bis » : conditions générales d'application, dans H. Fulchiron et C. Nourissat (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 1-9
- Les successions : à propos du livre vert de la Commission du 1^{er} mars 2005, *AJ fam.* 2005, n° 11, pp. 393-398
- Les relations entre droit communautaire et droit de la famille, *G.P.*, 7 et 8 juillet 2006, pp. 25-28
- Le droit communautaire des successions : le livre vert de la Commission et ses suites..., *Dr. et Patr.*, 2006, n° 150, pp. 59-63
- Le droit international privé à l'épreuve du droit communautaire ? Quelques brèves

- observations optimistes..., *LPA*, 2007, n° 79, pp. 82-87
- Sur l'élaboration d'une source perturbatrice : à propos du droit international privé communautaire, *D.* 2007, chron., pp. 1098-1101
 - La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : source de renouvellement du droit privé ou renouvellement des sources du droit privé ?, dans *Les sources du droit. Aspects contemporains*, Actes du colloque organisé par le centre d'études des droits du monde arabe, des 11 et 12 mai 2006, Société de législation comparée, 2007, pp. 147-162
 - De quelques rattachements en droit international privé communautaire, dans *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, *Économica*, 2008, pp. 731-756
 - La loi applicable, dans Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union, *AJ. fam.* 2009, n° 3, pp. 101-107
 - Le 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, *Procédures*, juin 2009, Etude n° 5, pp. 7-10
 - Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne. (A propos de la proposition de règlement du 14 octobre 2009), *Defr.* 2010, n° 4, doct., 39072, pp. 392-418
 - Le champ d'application de la proposition de règlement, dans G. Khairallah et M. Revillard, *Perspectives du droit des successions européennes et internationales, études de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, Defrénois, 2010, pp. 17-33

Nourissat C. et Devers A.

- Règles de compétence en matière matrimoniale et responsabilité parentale, *R.L.D.C.* 2005, étude n° 245

Oberdorff H.

- L'europanisation du droit des Etats membres de l'Union européenne. Réflexions sur une énigme, dans *l'Union européenne : union de droit, union des droits, Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, A. Pédone, 2010, p. 711 et s.

Oppetit B.

- L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême, *D.* 1990, pp. 73-76

Orücü E.

- Comparative Law in British courts, dans U. Drobnig et S. van Erp (ed.), *The Use of Comparative Law by Courts*, op. cit., pp. 253-295

Osman F.

- Codification, unification, harmonisation du droit en Europe : un rêve en passe de devenir réalité ?, dans F. Osman (dir.), *Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des États-membres de l'Union européenne*, Bruylant, 1998, pp. 11-34

Ost F.

- Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour EDH, dans M. Delmas-Marty, *Raisonnement la raison d'Etat*, PUF, 1989, p. 405

Ost F. et Van de Kerchove M.

- De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ?, *R.I.E.J.* 2000. 44, pp. 1-82

Palombino F.M.

- L'efficacité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre des procédures nationales, *R.I.D.C.* 2008, pp. 528-550

Pampoukis C.P.

- Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé, *R.C.A.D.I.* 2007, t. 330

Papandreou M.-F.

- Le régime juridique des biens destinés à l'usage commun des époux, Pays-Bas, *R.I.D.C.* 1990, pp. 1281-1303

Pansier F.-J.

- *De la contractualisation du droit de la famille en général et du mariage en particulier*, Consultable sur <http://www.fjpansier.com/Repdroit/5/contractualisation.htm>

Pansier F.-J. et Charbonneau C.,

- Présentation de la loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille, *LPA*, 2002, n° 71, p. 4

Pardini J.-J.

- Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques, dans *La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Liber amicorum J.-C. Escarras, Bruylant, 2005, pp. 131-159

Paulino Pereira F.R.

- La reconnaissance mutuelle des décisions de divorce et de responsabilité parentale dans l'Union européenne (Convention de Bruxelles II), *R.M.C.U.E.*, 1999, n° 430, pp. 484-489
- La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne : bilan et perspectives, *R.C.D.I.P.* 2010, pp. 1-36

Pauwels J.M.

- *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, Bruylant, 1981, pp. 281-293

Pécaut-Rivolier L.

- Avantages et droits sociaux des pacsés, *AJ fam.* 2007, n° 1, pp. 20-22

Pédamon M.

- La loi allemande du 19 août 1969 sur la condition juridique de l'enfant illégitime : Modèle pour une réforme du droit français ?, *D.* 1970, chron. XXXIII, pp. 153-158

Péroz H.

- Jugements étrangers et pratique notariale : l'apport du droit international privé communautaire, *JCP*. N. 2004. 1525
- Vers une simplification du règlement des successions internationales pour la pratique notariale. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil IP/09/1508, 14 oct. 2009, *JCP*. N. 2009, act. 679, pp. 5-8

Perrotin F.

- La famille à l'heure européenne, *LPA*, 2010, n° 76, pp. 4-5

Pescatore P.

- Les droits de l'homme et l'intégration européenne, *Cah. dr. eur.*, 1968, p. 629
- Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe, *R.I.D.C.* 1974, pp. 5-19
- Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres, *R.I.D.C.* 1980, pp. 337-359
- La cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'Homme, in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Mélanges en l'honneur de G.J.Wiarda, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, pp. 441-455.
- La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux. Enquête sur un problème virtuel, *R.M.C.U.E.* 2003, p. 155

Pfersmann O.

- Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit, *R.I.D.C.* 2001, pp. 275-288

Pichard M.

- Droits fondamentaux et principe de non-discrimination en droit des personnes et de la famille, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp. 181-196

Picod F.

- Les sources, dans F. Sudre et H. Labayle (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, p. 147
- Le juge communautaire et l'interprétation européenne, dans J.-F. Flauss (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, pp. 289-334

Pirrung J.

- Unification du droit en matière familiale : la Convention de l'Union européenne sur la reconnaissance des divorces et la question de nouveaux travaux d'UNIDROIT, *R.D.U.* 1998-2/3, pp. 629-640

Pocar F.

- Remarques sur la coopération judiciaire en matière civile dans la Communauté européenne, dans F. Pocar, Remarques sur la coopération judiciaire en matière civile dans la Communauté européenne, dans *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Librairie Droz, 2002, pp. 221-230, pp. 221-230
- Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et la loi applicable au divorce, dans *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Defrénois, 2007, pp. 245-252

Poillot Peruzzeto S.

- L'incidence du droit communautaire sur le droit de la famille, *L'Obs. de Brux.*, mai 2001, n° 42, pp. 28-37
- La diversification des méthodes de coordination des normes nationales, *LPA*, 2004, n° 199, pp. 17-31
- Les enjeux de la communautarisation, dans H. Fulchiron et C. Nourissat (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 13-37

Poillot-Peruzzetto S. et Marmisse A.

- Le droit international privé communautaire de la famille, *R.A.E.* 2001-2002, pp. 460-468

Potvin-Solis L.

- Le concept de dialogue entre les juges en Europe, dans F. Lichère, L. Potvin-Solis, A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruylant, 2004, pp. 19-58

Pousson-Petit J.

- La famille en droit comparé européen, *Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, 1998, t. XLVI, pp. 119-134
- L'attitude du législateur face aux concubinages aux Pays-Bas, dans *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, pp. 473-492
- Chronique de droit belge : le droit de l'enfance ou le droit à l'enfant ?, *Dr. fam.* 2010, n° 7/8, Etude n° 19, p. 20

Puig P.

- Hiérarchie des normes : du système au principe, *R.T.D. civ.* 2001, pp. 749-794

Puissochet P.

- Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ? Le point de vue d'un membre de la Cour de justice, dans O. Delas, R. Côté, F. Crépeau, P. Leuprecht (dir.), *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, Bruylant, 2005, pp. 53-62

Rabatel B.

- Liaison Magistrates : their Role in Comparative Law and International Judicial Cooperation, dans G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve, *Comparative Law before the Courts, British Institute of International and Comparative Law*, 2004, pp. 49-54

Racine J.-B.

- Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? Plaidoyer en faveur de l'unification, *Rev. dr. UE*, 2003/2, p. 869 et s.

Rainer A.

- La Cour constitutionnelle fédérale allemande et la Cour européenne des droits de l'homme, *R.I.D.C.* 2005, pp. 805-815

Rauçent L.

- La nouvelle loi sur les régimes matrimoniaux ou l'égalité des époux dans la légalité, *J.T.* 1976, n° 4968, pp. 553-563

Raymond G.

- De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental, Commentaire de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987, *JCP. G. I.* 3299

Raynard J.

- La convention de « Bruxelles II » : du droit judiciaire européen au droit européen de la famille, *R.T.D. civ.* 1998, pp. 1010-1012

Rebourg M.

- Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant, *Dr. fam.*, 2004, n° 7/8, p. 11
- La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune. État du droit positif, *AJ fam.* 2007, n° 7/8, pp. 290-294

Redling V.

- Le traité de Lisbonne et l'espace de liberté, de sécurité et de justice, *L'Obs. de Brux.*, 2010, n° 80, pp. 12-16

Remien O.

- European private international law, the European Community and its emerging area of freedom, security and justice, *C.M.L.R.* 2001, pp. 53-86

Renard C.

- La réforme du statut de la femme mariée en Belgique, *R.I.D.C.* 1958, pp. 56-64

Renchon J.-L.

- La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale, *R.T.D. fam.*, 1995, pp. 361-435
- Mariage et homosexualité, *J.T.* 2002, n° 6061, pp. 505-514
- La loi belge du 23 novembre 1998 relative à la « cohabitation légale », dans *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Actes du colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé de l'Université de Lille II, 4 et 5 mai 2000, L.G.D.J., 2002, pp. 141-166
- L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge, *R.T.D. fam.* 2003, pp. 439-469
- Parenté sociale et adoption homosexuelle, quel choix politique ?, *J.T.* 2005, n° 6170, pp. 125-132
- Les conjugalités en droit belge, dans J. Flauss-Diem et G. Fauré (dir.), *Du Pacs aux*

nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?, PUF, 2005, pp. 85-114

- Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille, dans A. Wijffels (dir.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, pp. 269-332
- La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : le droit au divorce, *R.T.D. fam.* 2007, pp. 925-1064
- Le nouveau divorce pour cause de désunion irrémédiable, dans Y.H. Leleu et D. Pire (Eds), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Larcier, 2007, pp. 11-30
- Considérations en forme de conclusions à propos de l'œuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l'homme, dans F. Krenc et M. Puéchavy (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, pp. 145-168
- La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille, dans H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp. 209-236

Revel J.

- Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père, *D.* 2006, chron., p. 1707
- Le changement de régime matrimonial : quelle déjudiciarisation ?, *D.* 2006, p. 2591

Revillard M.

- Successions : proposition de règlement communautaire (première présentation), *Defr.* 2010, n° 2, doct., 39056, pp. 176-188
- Divorce des couples internationaux : choix de la loi applicable. Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010, *Defr.*, 2011, n° 5, 39208, pp. 445-456
- Propositions de règlements communautaires sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats, *LPA*, 2011, n° 133, pp. 3-9

Rexand-Pourias N.

- Les relations entre grands-parents et petits-enfants depuis la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale, *JCP. G.* 2003. I. 100

Ricardi F.

- UE/ Conseil de l'Europe : rivalités absurdes à surmonter, *Bulletin quotidien Europe*, 20 mai 2005, n° 8950, p. 3.

Richez-Pons A.

- Les rapports patrimoniaux entre personnes mariées ou non mariées dans le droit communautaire de la famille (hors Bruxelles II bis), *AJ fam.* 2005, n° 11, pp. 386-389
- La notion de résidence, *Dr. et patr.* 2005, n° 138, pp. 53-57
- La parole de l'enfant et la circulation des décisions judiciaires en Europe, *Dr. fam.* 2006, n° 7/8, Etude n° 32, pp. 15-18

Rideau J.

- Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'Homme, *R.C.A.D.I.* 1997, t. 265, pp. 9-480

Rideau J. et Renucci J.-F.

- Dualité de la protection juridictionnelle européenne des droits fondamentaux : atout ou faiblesse de la sauvegarde des droits de l'homme, *Justice*, n° 6, 1997, p. 95

Rieg A.

- L'harmonisation européenne du droit de la famille : mythe ou réalité ?, dans *Conflits et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Éditions universitaires Fribourg, 1990, pp. 473-499
- Le régime juridique des biens destinés à l'usage commun des époux, France, *R.I.D.C.* 1990, pp. 1215-1231
- Traits fondamentaux de l'évolution du droit des régimes matrimoniaux dans l'Europe du XXe siècle, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 425-430

Rigaux F.

- Le pluralisme juridique face au principe de réalité, dans *Estudios de derecho internacional, Homenaje al professor Miaja de la Muela*, Tecnos, 1979, p. 291
- La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme, *J.T.* 1979, pp. 513-524
- Interprétation consensuelle et interprétation évolutive, dans F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, pp. 41-62

Rigaux F. et M.-F.

- La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme, *J.T.* 1979, pp. 513-52
- La famille devant le juge constitutionnel et le juge international, in *Présence du droit public et des droits de l'homme*, Mélanges offerts à J. Velu, t.III, Bruylant, 1992, p. 1711

Rivero J.

- Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, *Ann. Fr. dr. Inter.*, vol. 4, 1958, pp. 295-308

Rivier M.-C.

- Les secondes familles et le droit des obligations alimentaires, *LPA*, 1997, n° 121, p. 8
- L'introuvable statut du beau-parent, dans F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (Eds), *L'autorité parentale en question*, Presses universitaires du Septentrion, 2003, pp. 177-185

Robert J.

- La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français, bilan et réformes, dans *Les nouveaux enjeux des droits de l'homme*, colloque de Stockholm des 20 et 21 avril 1989, *R.D.P.* 1990, p. 1247

Robin-Olivier S. et Fasquelle D.

- L'inspiration venue d'ailleurs dans la construction du droit national. La référence (non imposée) à d'autres droits par les juges des Etats membres de l'Union européenne, dans S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, pp. 141-153

Rochfeld J.

- Droits-fonctions versus droits subjectifs : quel modèle pour la famille ?, *R.T.D. civ.* 2002, pp. 377-384

Rodière R.

- L'harmonisation des législations européennes dans le cadre de la CEE, *R.T.D. eur.*, 1965, p. 350

Rolland M.

- La magistrature française devant le droit comparé, dans *Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, pp. 341-352

Rolland P.

- Le contrôle de l'opportunité et la Cour européenne des droits de l'homme, dans D. Rousseau et F. Sudre (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, STH, 1990, p. 47

Roman E.

- Le lien de famille : unicité ou pluralité ?, *Labyrinthe*, 2001, n° 10, pp. 39-52

Ronfani P.

- La déjudiciarisation du contentieux familial, dans M.-T. Meulders-Klein (dir.), *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, L.G.D.J., 1997, pp. 43-59

Rosaria Marella M.

- The Non-Subversive Function of European Private Law : The Case of Harmonisation of Family Law, *E.L.J.*, 2006, vol. 12, n° 1, pp. 78-105

Rouchaud A.-M.

- Le projet de Convention sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, dans *Hommage à M.-J. Gebler*, Presses universitaires de Nancy, 1998, p. 181
- Projets et perspectives de mise en œuvre du programme de reconnaissance mutuelle, *LPA*, 2002, n° 248, pp. 20-26

Roy O.

- Le partenariat civil d'un continent à l'autre, *R.I.D.C.* 2002, pp. 759-786

Rubellin-Devichi J.

- L'attitude du droit face aux secondes familles, *Dialogue*, 1987, 3° trim., pp. 26-39
- Une importante réforme en droit de la famille : la loi 93-22 du 8 janvier 1993, *JCP. G.*

1993. I. 3659

- Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française, *JCP. G.* 1994. I. 3739

Sace J.

- Réflexions sur les effets en droit interne de l'arrêt Marckx, *Rev. not. Belge*, 1984, pp. 114-119

Sagaut J.-F. et Cagniard M.

- Regard communautaire sur le *Forum shopping*, *LPA*, 14 avril 2005, n° 74, pp. 51-59

Sainte-Rose J.

- Vers une reconnaissance de l'homoparentalité ?, *AJ fam.* 2006, n° 11, pp. 395-397

Salord M.

- La coopération entre autorités centrales, dans Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union, *AJ. fam.* 2009, n° 3, pp. 114-117
- L'Europe divorce ! L'adoption d'une coopération renforcée portant sur la loi applicable au divorce, *AJ fam.* 2011, n° 2, pp. 97-99

Salvage-Gerest P.

- Le juge des affaires familiales : de l'homme-orchestre du divorce à l'homme-orchestre de l'autorité parentale, *Dr. fam.* 2003, chron. n° 12, p. 8
- Un autre regard sur l'affaire "Benjamin", *D.* 2007, p. 879

Samuel G.

- Quelques observations sur la convergence actuelle des méthodes de raisonnement et des styles législatifs, in S. Robin-Olivier et D. Fasquelle, *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant 2008, pp. 255-271

Sanz Caballero S.

- Le droit de la famille en Espagne et son évolution récente, dans P. Boucaud (dir.), *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, Bruylant, 2009, pp. 105-123

Sarolea S.

- L'ordre public international et la Convention européenne des droits de l'homme en matière de filiation, *R.T.D. fam. belge*, 1996, p. 141 s

Sauvage F.

- Le régime des biens des partenaires d'un pacte civil de solidarité au lendemain de la loi du 23 juin 2006, *R.L.D.C.* 2007, Act. 2367, pp. 36-40

Savatier R.

- Le droit et l'accélération de l'histoire, *D.* 1950, chron., p. 419

Scheek L.

- *L'amplification de la résonance et la réduction de la dissonance ? La relation entre les cours européennes et l'intégration par les droits de l'homme*, 8^{ème} Congrès de l'Association française de Science politique, Lyon, 14-15 et 16 septembre 2005, contribution à la table ronde n° 5 sur l'énonciation des normes internationales, <http://sites.univ-lyon2.fr/congres-afsp/IMG/pdf/Scheek.pdf>

Schwab D.

- Droit de la famille et juridiction en Allemagne, dans M.-T. Meulders-Klein (dir.), *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, LGDJ, 1997, pp. 105-117

Sicot G. et Letellier H.

- Le droit des successions et le législateur communautaire : vers de grandes réformes, *G.P.* 29 janvier 2011, n° 29, p. 9

Simitis S.

- La réception du droit communautaire en droit de la famille, dans J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruylant, 2003, pp. 39-50

Simler P.

- L'évolution du droit des régimes matrimoniaux en France de 1804 à 1989, ou la conquête de l'égalité, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 555-559

Simler P. et Hilt P.

- Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage, *JCP. G. I.* 161, pp. 1495-1500

Simon D.

- L'avis 2/94 du 28 mars 1996 sur l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme, *Europe*, 1996, pp. 1-4
- La Convention européenne des droits de l'homme et l'Union européenne de Maastricht à Amsterdam : Aliquid novi ? Quid juris ?, dans *Law in greater Europe Towards a Common Legal Area, Studies in Honour of Heinrich Klebes*, Kluwer Law International, 2000, pp. 227-238
- Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus »?, *Pouvoirs, Les cours européennes. Luxembourg et Strasbourg*, n° 96, pp. 31-49
- Les juridictions régionales concourent-elle au renforcement ou à l'émiettement du droit international, dans O. Delas, R. Côté, F. Crépeau, P. Leuprecht (dir.), *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, Bruylant, 2005, pp.63-73
- *La légitimité du juge communautaire*, intervention lors du colloque sur « l'office du juge », organisé par le Sénat français les 29 et 30 septembre 2006. Consultable sur http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge42.html
- Avant-propos, La contribution de la Cour de cassation à la construction juridique européenne : Europe du droit, Europe des juges, dans *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2006, Troisième partie, consultable sur : http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2006_2284/etude_cour-2290/denys_simon_9981.html

Singer P. et Engel J.-C.

- L'importance de la recherche comparative pour la justice communautaire. L'institutionnalisation d'une véritable démarche jurisprudentielle au cœur même de la juridiction communautaire, *J.D.I.* 2007, pp. 497-513

Sinou D.

- Les activités du réseau d'experts indépendants de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux, *Droits fondamentaux*, n° 3, janv.-déc. 2003, consultable sur : http://www.droits-fondamentaux.org/article.php3?id_article=75

Slaughter A.-M.

- A typology of transjudicial Communication », *University of Richmond Law Review*, 29, 1994, p.103

Smit H.

- The universalization of private law, dans *Les sources du droit. Aspects contemporains*, Actes du colloque organisé par le centre d'études des droits du monde arabe, des 11 et 12 mai 2006, Société de législation comparée, 2007, pp. 335-353

Smith L.

- Recent developments in child law, dans K. Boele-Woelki and T. Sverdrup (eds), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, 2008, pp. 53-62

Smith V. et Vlaardingerbroeck P.

- The influence of human rights on Dutch family and child law : the sky is the limit, *Journal of Social Welfare and Family law*, 1995, 17 (1), pp. 119-126

Soerensen B.

- Suppression de l'*exequatur*, dans Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union, *AJ. fam.* 2009, n° 3, pp. 112-114

Soldatos P. et Vandersanden G.

- La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations nationales dans le cadre de la Communauté économique européenne, dans M. Waelbroeck (dir.), *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 1976, pp. 95-151

Sosson J.

- Le statut juridique des familles recomposées en Europe : quelques aspects de droit comparé, dans *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Nathan, 1993, pp. 299-312
- L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité, *Ann. Dr. Louv.*, 1996, pp. 115-162
- Réflexions de droit comparé sur les secondes familles, *LPA*, 1997, n° 121, p. 29

Sourioux J.-L.

- Notule sur le droit comparé dans les travaux préparatoires du Code civil des français, *De tous horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de Législation comparée, 2005, pp. 161-163

Soyer J.-C.

- Pèlerinage aux sources du droit privé, dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 33-39

Spielmann D.

- Un autre regard : la Cour de Strasbourg et le droit de la Communauté européenne, dans *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruylant, 2004, pp. 1447-1466

Spiros S.

- La réception du droit communautaire en droit de la famille, dans J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, colloque international, session internationale d'études doctorales, Université de Paris X Nanterre, 28 janvier - 1^{er} février 2003, Bruylant, 2003, pp. 39-50

Stalford H.

- Regulating family life in post-Amsterdam Europe, *E.L.R.* 2003, n° 28, pp. 39-52
- Brussels II and beyond : a better deal for children in the european Union ?, dans K. Boele-Woelki (éd.), *Perspectives for the unification and harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 471-487

Steiner E.

- La tradition juridique anglaise de rédaction et d'interprétation des lois face au phénomène actuel d'europanisation du droit, dans D. Fasquelle et S. Robin-Olivier (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire : une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, 2008, pp. 273-282

Struycken A.V.M.

- Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé, *R.C.A.D.I.* 1992, I, t.232, pp.257-379

Sturlèse B.

- L'extension du système de la Convention de Bruxelles au droit de la famille, *T.C.F.D.I.P.* 1995-1996, pp. 49-70
- Premiers commentaires sur un événement juridique : la signature de la convention de Bruxelles 2 ou quand l'Europe se préoccupe des conflits familiaux, *JCP. G.* 1998. I. 145, pp. 1145-1148
- Les nouvelles règles du droit international privé européen du divorce. Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil, *JCP. G.* 2001. I. 292, pp. 241-248

Sudre F.

- La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? , *JCP. G.* 1998. I. 100
- L'apport du droit international et européen à la protection communautaire des droits fondamentaux, colloque SFDI, 1999, pp. 192-193
- Le renforcement de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne, dans J. Rideau (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, LGDJ, 2000, pp.

218-221

- Rapport introductif, La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale, dans F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, pp. 11-54
- *Interaction des systèmes de garantie des droits de l'homme en Europe*, <http://webu2.upmf-grenoble.fr/espace-europe/acad2000/Academie/textes/sudre.htm>

Surrel H.

- Le juge des droits de l'homme, *Dr. fam.* 2006, n° 7/8, Etude n° 36

Tagaras H.

- Questions spéciales relatives à l'unification communautaire du droit international privé de la famille (règlement n° 1347/2000), dans *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, éd. De l'Université libre de Bruxelles, vol. I, 2003, p. 455

Tallon D.

- Droit communautaire et droit comparé, dans *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, T.II, Bruylant, 1972, pp. 943-956,
- Vers un droit européen des contrats, dans D. Tallon, *Vers un droit européen des contrats*, dans *Mélanges Colomer*, 1993, p. 485 et s.

Tenreiro M. et Ekström M.

- Unification of private international law in family law matters within the European Union, dans K. Boele-Woelki (éd.), *Perspectives for the unification and harmonisation of Family law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 185-193

Terré F.

- Contractualiser le droit du couple, *LPA*, 20 déc. 2007, n° 254, p. 8

Thouret S.

- La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale ou la recherche d'une véritable coparentalité, *Procédures*, 2002, chron. 7

Toth A. G.

- The European union and Human right: the way forward, *C.M.L.Rev.* 1997, pp. 491-529

Touffait A. et Tunc A.

- Pour une motivation explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation, *R.T.D. civ.* 1974, 487

Troisvalets S.

- L'autorité parentale dans les familles recomposées, *LPA*, 2000, n° 94, p. 12-22

Tulkens F.

- Les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *L'Obs. de Brux.*, 2010, n° 81, pp. 19-21

Tulkens F. et Callewaert J.

- La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux, dans M. Dony et E. Bribosia (éd.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, pp. 177-203

Thunis X. et Van der Mensbrughe F.-R.

- Codification et décodification : le droit comparé à contribution, *Annales de Droit de Louvain*, vol. 61, 2001, n°1, pp. 59-77

Unberath H.

- Comparative Law in the German Courts, dans G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve, *Comparative Law before the Courts, British Institute of International and Comparative Law*, 2004, pp. 307-316

Vandekerckhove K.

- Le recouvrement des obligations alimentaires en Europe-Un nouveau cadre législatif, *Rev. dr. UE*, 2010, n° 1, pp. 57-76

Vander Elst R.

- Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne, dans M. Waelbroeck (dir.), *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1976, pp. 1-14

Van Gerven W.

- Bringing (Private) Laws closer to each other at the european level, dans F. Cafaggi (dir.), *The institutional framework of european private law*, Oxford, 2006, p. 37

Van Seggelen M. et Basseville B.

- La *professio juris* : une institution méconnue à découvrir, *LPA*, 14 avril 2005, n° 74, pp. 44-46

Vauvillé F.

- Du principe de coparentalité, *LPA* 2002, n° 209, pp. 4-11

Velletti M., Calò E. et Boulanger D.

- La discipline européenne du divorce, *JCP. N.* 2011, n° 19, étude n° 1160, pp. 29-35

Velu J.

- A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : vues de droit comparé sur des évolutions en cours, dans *Nouveaux itinéraires en droit*, Hommage à François Rigaux, Bruylant, 1993, p. 527

Verdussen M.

- La Cour d'arbitrage belge et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, *Rev. fr. de dr. const.* 1994, pp. 433-438

Verhoeven J.

- Applicabilité directe des traités et intention des parties contractantes, dans *Liber amicorum E. Krings*, Story-Scientia, 1991, p. 895

Vial G.

- Réforme de la filiation : les surprises du projet de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005, *Dr. fam.* 2008, Etudes, n° 5
- La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, *Dr. fam.* 2009, Etudes, n° 18

Vigneau D.

- Aujourd'hui le rôle, demain le titre ?, note sous Cass. 1^{re} civ., 26 févr. 2006, *D.* 2006, juris., pp. 897-900
- Hier le rôle, le titre : pas encore !, note sous Cass. 1^{re} civ. (2 espèces), 20 févr. 2007, *D.* 2007, pp. 1047-1050, spéc. p. 1049.

Vignes D.

- Le rapprochement des législations mérite-t-il encore son nom ?, dans *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Dalloz, 1991, pp. 533-546

Virally M.

- Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes, dans *Problèmes de droit des gens, Mélanges offerts à Henri Rolin*, A. Pedone, 1965, pp. 488-505

Vollot C.

- Vers une interprétation excessive des frontières du droit communautaire ou une disparition des situations purement internes ?, *LPA*, 2005, n° 223, pp. 10-13

Von Overbeck A. E.

- Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents, cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.* 1982, III, t. 176, pp. 9-248
- L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé, dans *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à F. Rigaux*, Bruylant, 1993, pp. 619-636

Waaldijk K.

- Niveaux de conséquences juridiques du mariage, du partenariat enregistré, et de la cohabitation informelle pour les partenaires de sexe différent et de même sexe : une analyse comparative, dans K. Waaldijk et E. Fassin, *Droit conjugal et unions de même sexe. Mariage, partenariat et concubinage dans neuf pays européens*, PUF, 2008, pp. 9-47

Wachsmann P.

- L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *R.T.D. eur.* 1996, pp. 467-491
- Les droits de l'homme, *R.T.D. eur.*, 1997, n° 33, pp. 884-902
- Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection

des droits de l'homme, dans *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, 1998, p. 157

- La folie dans la loi, considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme, *R.T.D.H.* 2003, p. 1157

Watté N.

- Questions actuelles de droit judiciaire international et espace judiciaire européen, dans J.-L. Renchon (dir.), *L'enfant et les relations familiales internationales*, Bruylant, 2003, pp. 123-164

Watté N. et Boularbah H.

- Le règlement communautaire en matière matrimoniale et de responsabilité parentale (Règlement dit « Bruxelles II »), *R.T.D. fam.* 2000/4, pp. 539-604

Wautelet P.

- Le Code de droit international privé et les relations matrimoniales internationales, *Divorce*, 2005, n° 4, p. 49 et s.

Wengler W.

- Les conflits de lois et le principe d'égalité, *R.C.D.I.P.* 1963, pp. 203-231 et pp. 503-527

Wenner E.

- La réforme du droit de la filiation en Allemagne, *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1997, t. XLV, pp. 109-124
- Le partenariat enregistré en Allemagne : vers un mariage homosexuel, dans J. Flauss-Diem et G. Fauré (dir.), *Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, PUF, 2005, pp. 57-65

Werro F.

- La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne, dans F. Werro (dir.), *L'eupéanisation du droit privé : vers un Code civil européen ?*, Editions universitaires de Fribourg, 1998, pp. 3-25

Wiederkehr M.-O.

- Le Conseil de l'Europe, l'harmonisation du droit et la notion d'espace démocratique européen, dans C. Schneider (dir.), *Le Conseil de l'Europe, acteur de la recomposition du territoire européen*, Cahiers de l'espace Europe, 1997, n° 10, spéc. point. 4

Willems G.

- Evolution contemporaine du droit de la famille en Europe, dans J. Besson et M. Galtier, *Mes papas, mes mamans, et moi ? La place de l'enfant dans les nouvelles parentalités*, Érès, 2007, pp. 71-89

Witz C.

- Libre-propos d'un universitaire à l'étranger, *R.T.D. civ.* 1992, p. 737
- Plaidoyer pour un code européen des obligations, *D.* 2002, chron., p. 79

Zweigert K.

- Méthodologie du droit comparé, *Mélanges offerts à J. Maury*, Tome 1, Dalloz, 1960, pp. 579-596

SITES INTERNET

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Introduction_fr.asp

http://www.coe.int/t/dcr/summit/20050517_plan_action_fr.asp

<http://conventions.coe.int/treaty/fr/Reports/Html/192.htm>

<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/202/htm>

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju28/MJU-28\(2007\)Resol2F.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju28/MJU-28(2007)Resol2F.pdf)

http://www.coe.int/t/dg3/socialpolicies/socialcohesiondev/source/RevisedStrategy_fr.pdf

http://www.coe.int/t/dghl/Standardsetting/equality/04CDEG/index_fr.asp

http://coe.int/t/DGHL/Monitoring/Execution/Source/Publications/CM_annreport2007_fr.pdf

http://www.coe.int/t/dg3/socialpolicies/socialcohesiondev/source/RevisedStrategy_fr.pdf

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/digest/DigestSept2008_fr.pdf

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/Year/2006Vol1_fr.pdf

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/Year/XVII2_Vol2_fr.pdf

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/digest/DigestSept2008_fr.pdf

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/presentation/FactsheetEquality_fr.pdf

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/Year/XVIII1Vol1_fr.pdf

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/Year/2003Vol1_fr.pdf

http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_fr.htm

http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm

http://www.senat.fr/europe/biarritz_2000.pdf

http://www.europarl.europa.eu/summits/nice1_fr.htm

http://www.coe.int/t/der/docs/MoU_compendium_en.pdf

http://www.gouvernement.lu/salle_presse/actualite/2006/04/11conseil_europe/français_mod.pdf.

http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/vue_d_ensemble/coop%20E9ration/SdC_2002_Conclusions%20F.pdf

http://www.coe.int/t/der/docs/MoU_FR.pdf.

<http://www.senat.fr/rap/r03-217/r03-2172.html>

http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/48ACDFB2-E97D-4503-83FE-5C4569A33C73/0/2011Communication_CEDHCJUE_FR.pdf

http://www.gouvernement.lu/salle_presse/actualite/2006/04/11conseil_europe/français_mod.pdf.

http://europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/doc/rapport_2002_fr.pdf

<http://www.halde.fr/IMG/alexandrie/3789.PDF>

http://www.equineteurope.org/hdgso_part2_summary_fr.pdf

<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documants/WorkingDocs/Doc09/FDOC12087.htm>

http://www.coe.int/t/dc/press/news/20081209_disc_sga_en.asp

http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/44/25

<http://conventions.coe.int/treaty/fr/Reports/Html/160.htm>

<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/16031.fr07.pdf>

<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Adoption%20conference/Conclusions%20Adoption%20Conference%20F.pdf>

http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/events/document/rapport_synthese_etude_fr.pdf.

http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DA4C4A2E-0CBE-482A-A205-9EA0AA6E31F6/0/2008_Londres_King_s_College_7_10.pdf

http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D6D1A47C-822A-472B-9D36-05CB40F4EEF9/0/CJCE_discours_Sharpston.pdf

[http://www.coe.int/t/f/droits_de_l'homme/execution/H-Exec\(2006\)18MG8960f.doc](http://www.coe.int/t/f/droits_de_l'homme/execution/H-Exec(2006)18MG8960f.doc)

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_tableau_transsexualisme.pdf

http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2004/en/ukpgaen_20040007_en_1

<http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/a210.html>

<http://www.confcoconsteu.org/reports/Belgie-FR.pdf>

www.juridat.be

<http://www.bundesverfassungsgericht.de>

http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1993-0303.

http://www.assembleenationale.org/europe/comparaisons/etude_mariage.asp

<http://www.assembleenationale.org/europe/comparaisons/divorce.asp>

<http://www.senat.fr/legcmp/tr13.html>

<http://www.boe.es>

<http://www.congreso.es>

<http://parlamento.pt>

<http://www.publications.parliament.uk>

http://ec.europa.eu/justice_home/news/events/document/rapport_synthese_etude_fr.pdf

JURISPRUDENCE

FRANCE

- **Conseil Constitutionnel :**

- Cons. Const. 9 nov. 1999, *D.* 2000, Somm., p. 424, obs. S. Garnéri ; *JCP.* G. 2000. I. 261, n° 15, 16, 17, 19, obs. Mathieu et Verpeaux.
- Cons. Const. Déc. n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, J.O. du 7 octobre 2010, p. 18154 (adoption au sein d'un couple non marié) : *JCP.* G. 2010, p. 1145, A. Gouttenoire et C. Radé ; *AJ fam.* 2010, p. 487, obs. F. Chénéde ; *G.P.* 2010, n° 293, D. Rousseau ; *Dr. fam.* 2010, repère 10, V. Larribau-Terneyre ; *R.T.D.civ.* 2010, p. 776, obs. J. Hauser.
- Cons. Const. Déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, J.O. du 29 janvier 2011, p. 1894 (interdiction du mariage entre personnes de même sexe) : *Dr. fam.* 2011, n° 3, Comm. n° 32, note R. Ouedraogo ; *AJ fam.* 2011, n° 3, p. 157, obs. F. Chénéde.
- Cons. Const. Déc. n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, J.O. du 26 mars 2011, p. 5404 (pension de réversion des enfants).

- Cons. Const. Déc. n° 2011-155 QPC du 29 juillet 2011, J.O. du 30 juillet 2011, p. 13048 (pension de réversion et couples non mariés).
- Cons. Const. Déc. n° 2011-159 QPC du 5 août 2011, J.O. du 6 août 2011, p. 13478, (droit de prélèvement dans la succession d'un héritier français).
- Cons. Const. Déc. n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011, J.O. du 1er octobre 2011, p. 16528 (condition de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'action en matière de filiation).

• **Cour de cassation :**

- Cass. Req., 4 juin 1935 : *R.C.D.I.P.* 1936, p. 755, note Basdevant ; *S.* 1936, p. 377, rapport Pilon, note Niboyet. Voir également B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 2006, 5^e éd., n° 15, p. 128 et s.
- Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, Administration des douanes c. Soc. des cafés Jacques Vabre et Soc. Weigel : *D.* 1975. 497, concl. Touffait ; *JCP*, G, 1975. II. 18180 *bis*, concl. Touffait ; *G. P.* 1975. 2. 470, concl. Touffait ; *Rev. Crit. DIP* 1975. 347, note J. Foyer et D. Holleaux ; *J.D.I.* 1975. 801, note Ruzié.
- Cass, 1^{re} civ., 16 décembre 1975 (2 arrêts) : *D.* 1976, 397, note J. Lindon ; *JCP*. G. 1976. II. 18503, obs. Penneau.
- Cass. 1^{re} civ., 14 avril 1982, pourvoi n° 81-10386, Bull., I, n° 126.
- Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1982 : *D.* 1983, 19, note M. Beaubrun ; *Defr.* 1982, art. 32944, n° 76, obs. G. Champenois ; *JCP*. G. 1983. II. 20018, note M. Henry. Cass. 1^{re} civ., 9 mars 1983, Bull., I, n° 94.
- Cass. 1^{re} civ., 30 novembre 1983 : *D.* 1984, 165, note Edelman ; *JCP*. G. 1984. II. 20222, Concl. Sadon, obs. Penneau ; *R.T.D. civ.* 1985, 137, obs. J. Rubellin-Devichi, 3 mars 1987 et 31 mars 1987 : *D.* 1987, 445, note Jourdain ; *JCP*. G. 1988. II. 21000, note Agostini ; *G.P.* 1987, 2, 577, (1^{re} espèce), note de la Marnierre.
- Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1986, pourvoi n° 84 -17076, Bull., I, n° 300, p. 286
- Cass. 1^{re} civ., 1^{er} octobre 1986, n° 84- 17090, Bull., I, n° 232, p. 222.
- Cass. 2^e civ., 25 mars 1987, n° 85- 12262, Bull., II, n° 76, p. 42
- Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1988, Bull., I, n° 176, p. 122 : *G.P.* 1989, 2, 417, note Agostini ; *R.T.D. civ.* 1989, 721, obs. J. Rubellin-Devichi, 10 mai 1989, Bull., I, n° 189, p. 125 : *R.T.D. civ.* 1989, 721, obs. J. Rubellin-Devichi
- Cass. 1^{re} civ., 18 avril 1989, pourvoi n° 87-10174, Bull., I, n° 154, p. 101
- Cass. Soc., 11 juill. 1989 : *JCP.G.*1990.II.21553, concl. Dorwling-Carter ; *D.* 1990.

- 582, note P. Malaurie ; *JCP. G.* 1990. II. 21553, note Meunier.
- Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 1990, *R.C.D.I.P.* 1990, p. 519, note Poisson-Drocourt ; *JCP. G.* II. 21635, note Muir-Watt.
 - Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1990 (4 arrêts), Bull. civ. I, n°117, p. 83 ; *JCP. G.* 1990. II. 21588, rapport Massip, concl. Flippo ; *D.* 1991, 169, rapport Massip ; *D.* 1990, IR, p. 139
 - Cass. 1^{re} civ., 6 juin 1990, *Akla : D.*, 1990, somm., p. 263, obs. B. Audit ; *R.C.D.I.P.* 1991, p.593, note P. Courbe (1^{re} esp.)
 - Cass. 1^{re} civ., 13 février 1991, n° 89-19900, inédit
 - Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1992, *D.* 1993, p. 476, note Saidi ; *Defr.* 1993, art. 35484, n° 2, note J. Massip ; Cass. 2^e civ., 14 mars 2002, *JCP.G.* 2002. II. 10095, note H. Fulchiron.
 - Cass. AP, 11 décembre 1992 : *D.* 1993, I.R., p. 1 ; *Defr.* 1993, art. 35502, p. 141, J. Massip ; *JCP. G.* 1993. II, p. 21991, concl. Jeol, note G. Mémeteau ; *R.T.D. civ.* 1993, p.97, obs. J. Hauser ; *G.P.* 1993, I, 180, concl. Jeol ; *R.T.D. civ.* 1993, 97 et 325, obs. J. Hauser.
 - Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 1994 : *R.C.D.I.P.* 1995, p. 103, 2^e esp., note J. Deprez, *D.* 1995, p. 263, note J. Massip ; *GADIP* n° 64
 - Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1994, n° 93- 05048, inédit
 - Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 1994 : *J.D.I.* 1995, p. 343, note Ph. Kahn. ; 18 juill. 1995 : *D.* 1995, IR, p. 204.
 - Cass. 1^{re} civ., 31 janvier 1995 : *J.D.I.*, 1995, p.343, Ph. Kahn, *R.C.D.I.P.* 1995, p. 569, note J. Deprez, *R.T.D. civ.*, 1996, p.514, obs. J.-P. Marguénaud
 - Cass. 1^{re} civ., 19 décembre 1995 : *JCP. G.* 1996. IV, p.365, *D.* 1996, IR, p.31.
 - Cass. 1^{re} civ., 25 juin 1996 : *D.* 1998, jur., p. 453, note L. Brunet ; *D.* 1997, somm., p. 275, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; *JCP. G.* 1997. II. 22834, note P. Malaurie ; *Defr.* 1997, p. 310, obs. J. Massip ; *Dr.fam.* 1996, comm., n° 26, B. Beignier ; *R.T.D. civ.* 1996, p. 873, obs. J. Hauser.
 - Cass. 1^{re} civ., 11 mars 1997 : *D.* 1997, p. 400, M.-L. Niboyet, *JCP. G.* 1998. I, p.101, note H. Fulchiron, *R.T.D. civ.* 1998, p.520, obs. J.-P. Marguénaud, *J.D.I.* 1998, p. 110, note Ph. Kahn
 - Cass. 3^e civ., 17 déc. 1997, Bull. III, n° 225: *D.* 1998, 111, note J.-L. Aubert ; *JCP* 1998, II, 10093, note Djigo ; *Dr.fam.* 1998, 36, note Lécuyer ; *Defr.* 1998, 404, obs. Atias ; *RTDciv.*1998, 347, obs. J. Hauser.
 - Cass. 1^{re} civ., 27 janvier 1998, pourvoi n° 95- 14453, inédit

- Cass. 1^{re} civ., 24 février 1998, pourvoi n° 95- 18646 et 95- 18647, Bull., I, n° 71, p. 47 : *JCP. G.* 1998. II. 10175, obs. T. Vignal.
- Cass. 1^{re} civ., 5 janvier 1999, pourvoi n° 96- 14535, Bull., I, n° 7, p. 4 : *D.* 1999, p. 671, note E. Agostini
- Cass. AP, 17 nov. 2000, Bull. plén., n°92 : *JCP* 2000, II, 10438, Voir le rapport du conseiller rapporteur P. Sargos et les conclusions de l’avocat général J. Sainte Rose et note Chabas ; *JCP* 2001, I, 293, n°7, obs. P. Murat ; *D.* 2001, 332, note D. Mazeaud et 336, note Jourdain ; *Dr.fam.* 2001, 11, note Murat ; *Deffr.* 2001, 262, obs. Aubert ; *RTDciv.* 2001, 103, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2000, pourvoi n° 98- 20436, inédit.
- Cass. AP, 29 juin 2001, Bull. plén., n° 8 : *JCP* 2001, II, 10569, rapp. Sargos, concl. Sainte-Rose, note Rassat ; *Dr. pénal* 2001, chron. 34, obs. L. Demont ; *RTDciv.* 2001, 560, note J. Hauser, *D.* 2001, chron., 2907, note J. Pradel ; *D.* 2001, jur., 2917, note Y. Mayaud.
- Cass. 1^{re} civ., 29 janv. 2002, Bull., I, n° 32, p. 24 : *Dr. fam.* 2002, comm., n° 45, obs. B. Beignier ; *JCP. G.* 2002. I. 167, n° 12, obs. A. Tisserand et 178, obs. R. Le Guidec ; *D.* 2002, p. 1938, note A. Devers, *R.T.D. civ.* 2002, p. 278, obs. J. Hauser, p.347, obs. B. Vareille et p. 865, obs. J.-P. Marguénaud, *Deffr.* 2002, art. 37548, p. 692, obs. J. Massip et art. 36611, p.1330, obs. G. Champenois ; *R.J.P.F.* 2002, p. 24, note J. Casey ; *Deffr.* 2003, art. 37473, obs. Ph. Delmas- Saint – Hilaire ; *LPA*, 2002, n° 138, p. 24, note M.-L. Cicile- Delfosse et n° 149, p. 22, note S. Chassagnard.
- Cass. 1^{re} civ., 28 octobre 2003, n° 01-01415, inédit
- Cass. 1^{re} civ., 28 octobre 2003, pourvoi n° 01- 14410, inédit.
- Cass. 1^{re} civ. , 25 mai 2004, pourvoi n° 02- 12799, Bull., I, n° 144, p. 119: *JCP, G.* 2005, II, 10032, note C. Lefeuvre ; *Dr. fam.*, 2004, comm., 153, note B. Beignier ; *Deffr.*, 2004, p. 1687, obs. J. Massip ; *AJ Fam.*, 2004, p. 410, obs. F. Bicheron.
- Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2004, n° 03- 05118, inédit.
- Cass. 1^{re} civ., 30 juin 2004, n° 02- 21101, inédit.
- Cass. 1^{re} civ., 22 févr. 2005, pourvoi n° 02-20.409, Bull., I, n° 89, p. 78 : *D.*, 2005, jur., p. 1459, note S. Sana- Chaillé de Néré ; *R.J.P.F.*, 2005-5/ 24, p. 16, obs. Th. Garé ; *G.P.*, 2005, 1, p. 23, A. Boiché ; *Deffr.*, 2005, art. 38129, p. 1330, note R. Crône ; *Deffr.*, 2005, art. 38129, p. 1348, note J. Massip.
- Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, pourvoi n° 03-18825, Bull. 2005, I, n° 256, p. 215.
- Cass. 1^{re} civ., 6 décembre 2005, pourvoi n° 01-13447, Bull., I, n° 465, p. 392.
- Cass. 1^{re} civ. , 14 déc. 2005, pourvoi n° 05-10951, Bull., I, n° 506, p. 42: *D.* 2006, Pan.,

- 1502, obs. F. Jault-Seseke; *AJ fam.* 2006, n° 4, p. 161, obs. S. David; *G.P.* 2006, n° 55, p. 14, note P. Guez ; *R.L.D.C.*, 2006, n° 30, act. n° 2193, obs. C. Pomart; *R.J.P.F.*, 2006, n° 4, p. 14, obs. M.-C. Meyzaud-Garaud.
- Cass. 1^{re} civ., 14 février 2006, pourvoi n° 05-13006, Bull. I, n° 73, p. 72 : *Dr. fam.* mai 2006, Comm., n° 107, note P. Murat.
 - Cass. 1^{re} civ., 24 févr. 2006, Bull. civ. I, n° 101: *R.D.S.S.* 2006, 578, note C. Neirinck ; *D.* 2006, juris, 897, note D. Vigneau; *R.T.D. civ.* 2006, p. 297, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2006, 159, obs. F. Chénéde, *JCP.G.2006.I.199*, n° 16, obs. Rebourg ; *Dr. fam.* 2006, comm. n° 89, obs. P.Murat ; *D.* 2006.876, Point de vue, H. Fulchiron.
 - Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2006 : *AJ fam.* 2006, p. 202. Obs. F. Chénéde ; *R.T.D. civ.* 2006, p. 300, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2006, Comm. n° 157, obs. P. Murat.
 - Cass. 1^{re} civ., 7 avr. 2006, Bull. I, n° 195, p. 171: *D.* 2006, p. 2293, note E. Poisson-Drocourt ; *Dr. fam.* 2006, comm. n° 124, note P. Murat ; *AJ fam.* 2006, p. 249, note F. Chénéde; *Defr.* 2006, p. 1127, note J. Massip; *R.J.P.F.*, 2006, 6/38, note M.-C. Le Boursicot; *JCP.G.2006.I.199*, n° 1, obs. J. Rubellin-Devichi; *R.T.D. civ.* 2006, p. 292, obs. J. Hauser; *R.D.S.S.*, 2006, p. 576, obs. C. Neirinck ; *G.P.* 3 sept. 2006, p. 20, F. Guittet.
 - Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2006, pourvoi n° 05-16841, inédit
 - Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2006, pourvoi n° 04- 19341, inédit.
 - Cass. 1^{re} civ., 23 mai 2006, pourvoi n° 05-13737, inédit
 - Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 2006, pourvoi n° 03- 16964, inédit
 - Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2006, pourvoi n° 03- 10409, Bull., I, n° 377, p. 324
 - Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2006, pourvoi n° 05- 14049, inédit
 - Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2006, pourvoi n° 04-11088, Bull., I, n° 537, p. 478.
 - Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2007 : *D.* 2007, jur. 1047, note D. Vigneau ; *AJ .* 2007, p. 721, obs. Delaporte-Carré ; *JCP. G.* 2007. II.10068, note C. Neirinck; *R.T.D. civ.* 2007. 325, obs. J. Hauser; *AJ fam.* 2007, p. 182, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2007, comm. n° 80, pp. 33-36, note P. Murat.
 - Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2007, pourvoi n° 06-15381, Bull., I, n° 157.
 - Cass. 1^{re} civ., 17 octobre 2007, n° 06- 18167, inédit.
 - Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, pourvoi n° 05- 16627, Bull., I, n° 113: *R.T.D. civ.* 2007, p. 315, obs. J. Hauser ; *D.* 2007, p. 935, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2007, p. 1395, note E. Agostini. Adde H. Fulchiron, Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel, *D.* 2007, p. 1375

- Civ. 1^{re} civ., 13 mars 2007, pourvoi n° 06- 16675, inédit
- Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2007, pourvoi n° 06- 13806.
- Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 2008, pourvois n° 06-10.256 et n° 07-11.639, Bull. civ. 2008, I, n° 391 : *JCP. G.* 2008. II. 10132, note J.-R. Binet ; *D.* 2008, p. 2121, note V. Bonnet ; *Dr. fam.* 2008, comm. 86, note P. Murat ; *AJ Fam.* 2008, p. 209, note F. Chénéde ; *R.T.D. civ.* 2008, p. 464, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 16 avril 2008, pourvoi n° 07-11.648 : *Procédures* 2009, comm. n° 172, pp. 16-17, note C. Nourissat.
- Cass. 1^{re} civ., 24 sept. 2008, pourvoi n° 07-20248
- Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2009, pourvoi n° 08-19793, publié.
- Cass. 1^{re} civ., 17 février 2010, pourvoi n° 07-11648, Bull., I, n° 37.
- Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010 : *AJ fam.* 2010, p. 387, obs. A Mirkovic, B. Haftel et C. Mécaray ; *D.* 2010, p. 1787, obs. I. Gallmeister ; *R.D.S.S.* 2010, p. 1128, note C. Neirinck ; *R.T.D. civ.* 2010, p. 547, obs. J. Hauser.

- **Conseil d'Etat**

- Cons. Etat, 18 janvier 1991, Beljoudi, Rec., 19 ; Ass., 19 avr. 1991, Dame Babas, Rec., 162, concl. R. Abraham, *R.U.D.H.*, 1991, 242 ; 10 avr. 1992, Aykan, Rec., 153 ; 10 avr. 1992, Marzini, Rec., 155
- Cons. Etat, 28 juin 2002 : *D.* 2003, somm. 1941, obs. J.-J. Lemouland ; *R.T.D. civ.* 2002, p. 785, obs. J. Hauser. Voir également CE, 8 juillet 2005, *D.* 2006, p. 1422, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *R.T.D. civ.* 2005, p. 760, obs. J. Hauser.

- **Juges du fond**

- ~ **Tribunal de grande instance**

- TGI Bressuire, JAF, 6 janv. 2000 : *D.* 2000. IR., p. 88 ; *R.T.D. civ.* 2000, p. 313, obs. J. Hauser ; *JCP.G.* 2002, I, 101.
- TGI Montpellier, 2 mai 2000 : *R.T.D. civ.* 2000, p. 930, obs. J.-P. Marguénaud ; *Defr.* 2000, art. 37275, p. 1435, note J. Massip ; *Dr. fam.* 2000, n° 99, note A. Gouttenoire
- TGI Brive, 30 juin 2000, *D.* 2001, jur., p. 27, note I. Ardeeff, somm., p. 972, obs. F. Granet et p. 2872, obs. F. Le Doujet-Thomas ; *Defr.* 2000, art. 37261, n° 86, p.1310, obs. J. Massip ; *R.T.D. civ.* 2000, p. 344 et p. 815, obs. J. Hauser ; *ibid.* 2001, p. 930, obs. J.-P. Marguénaud ; *Dr. fam.* 2000, Comm. n°107, obs. P. Murat ; *R.J.P.F.* 2001-2, p. 47
- TGI Paris, 27 juin 2001 : *JCP* 2002, I, 101, obs. J. Rubellin-Devichi ; *R.D.S.S.*, 2002,

- 121, note F. Monéger ; *D.* 2003, somm. 1941, note J.-J. Lemouland ; *Dr. fam.* 2001, comm. 116, note P. Murat
- TGI Nice 8 juillet 2003, 7 avr. et 30 juin 2004 : *AJ fam.* 2004, p. 453, obs. F. Chénéde ; *JCP.G.2005.I.116*, n° 5, obs. J. Rubellin-Devichi
 - TGI Bordeaux, 27 juillet 2004 : *D.* 2004, p. 2392, note E. Agostini et p. 2965, obs. J.-J. Lemouland ; *R.T.D. civ.* 2004, p. 719, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2004, 138, note Larribau-Terneyre et comm., n° 166, obs. M. Azavant ; *AJ Fam.* 2004, p. 407, obs. L. Attuel-Mendès ; *JCP. G.* 2004. II. 10169, note G. Kessler ; *G.P.* 2004, 3250, note de Geouffre de la Pradelle.
 - TGI Clermont-Ferrand, 24 mars 2006, *AJ fam.* 2006, p. 245, obs. F. Chénéde
 - TGI Paris, 23 juin 2006, voir C. Mécary, Homoparentalité : protection de l'enfant, *AJ fam.* 2006, n° 11, pp. 398-401, spéc. p. 401.
 - TGI Annecy, JAF, 1^{er} juillet 2010 : *AJ fam.* 2010, p. 435, obs. V. Avena-Robardet
 - TGI Briey, JAF, 21 octobre 2010 : *D.* 2011, p. 1060, note V. Bonnet ; *R.T.D. civ.* 2011, p. 118, obs. J. Hauser.
 - TGI Nanterre, 14 déc. 2010 : *AJ fam.* 2011, n° 9, p. 426, obs. C. Siffrein-Blanc.
 - TGI Paris, JAF, 28 avril 2011 : C. Mécary, *Le droit de visite et d'hébergement du parent homosexuel quand le couple se sépare*, Consultable sur : <http://avocats.fr/space/caroline.mecary/tag/nouveaux%20couple>
 - TGI Bayonne, JAF, 26 oct. 2011.
- ~ **Cour d'appel**
- CA Paris, 23 octobre 2001 : *AJ Fam.* 2001, n° 3, p. 99.
 - C.A. Paris, 19 déc. 2002 : *J.D.I.*, 2003, pp. 811-827, note A. Boiché
 - CA Bordeaux, 6^e ch. civile, 19 avril 2005 : *D.* 2005, p. 1687, obs. E. Agostini ; *Dr. fam.* 2005, comm., n° 124, note M. Azavant ; *R.T.D. civ.* 2005, p. 574, obs. J. Hauser, *D.* 2006, pan., 1414, obs. J.-J. Lemouland et Vigneau.
 - CA Paris, 20 oct. 2005, *AJ Fam.* 2005, p. 38
 - CA Aix-en-Provence, 18 novembre 2004 : *G.P.* 2005, 1, Somm., p. 596 ; *D.* 2005, p. 615, obs. C. Nourissat ; *J.D.I.*, 2005, p. 805, note A. Richez-Pons
 - CA Colmar, 17 janvier 2006, arrêt n° 05/ 00747-M.

- CA Bourges (ch. civ.), 13 avril 2006
- CA Paris, 5 mai 2006, *AJ fam.* 2006, p. 333, obs. F. Chénéde.
- CA Riom (2^e ch.), 27 juin 2006 : *G.P.* 15-16 sept. 2006, note Mécarry ; *Dr. fam.* 2006, comm. n° 204, obs. P. Murat ; *R.J.P.F.*, sept. 2006, p. 22.
- CA Amiens (ch. fam.), 14 févr. 2007 : *Dr. fam.* 2007, comm. n° 80, pp. 33-36, note P. Murat.
- CA Paris, 27 janvier 2011, *D.* 2011, n° 3, p. 151, obs. N. Nord.

BELGIQUE

• Cour d'arbitrage

- C.A., n° 21/89 du 13 juillet 1989, B.4.5b.
- C.A., n° 39/90, 21 déc. 1990
- C.A., n° 18/91, 4 juillet 1991, E.c. Verryt c. Van Calster, M.B., 22 août 1991. Les arrêts de la Cour d'arbitrage belge peuvent être consultés en français sur le site www.arbitrage.be
- C.A., n° 63/92, 8 octobre 1992
- C.A., n° 83/93, 1^{er} décembre 1993, Benita M'Bayo Wa Mwamba c. Maria Vinck et consorts, M.B., 2 mars 1994.
- C.A., 6 nov. 2002, n° 161/2002, spéc. § B.7, *R.T.D. fam.* 2003, p. 71
- C.A., 8 oct. 2003, arrêt n° 134/2003: J.-L. Renchon, Vers l'octroi de l'autorité parentale à des beaux-parents ?, note sous Cour d'arbitrage, 8 oct. 2003, *R.T.D. fam.* 2004, pp. 190-201
- CA, n° 140/2004, 22 juillet 2004
- C.A., n° 157/ 2006, 18 octobre 2006
- C.A., n° 95/2008, 26 juin 2008

• Cour de cassation

- Cass (1^{re} ch.), 3 octobre 1983, *Rev. crit. de juris. belge*, 1984, pp. 605-635, spéc. p. 622., note F. Rigaux

- Cass. (1^{re} ch.), 10 mai 1985, *Rev. Not. Belge*, 1986, pp. 48-62 note C. Rémon-Defays
- Cass. (1^{re} ch.), 6 mars 1986, B.V. et B.A. c. D. : *Rev. crit. jur. Belge*, 1987, pp.5-29 note F. Rigaux
- Cass. (1^{re} ch.), 7 avril 1995, n° C 930200N.
- Cass., 10 avr. 2003, n° C. 02.0112.F.

- **Juges du fond**

- Civ. Gand, 20 nov. 1980, *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, p. 89
- Civ. Malines, 7 avril 1981, *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, p. 320
- Civ. Turnhout, 29 avril 1982, *R. W.*, 1982-1983, col. 1590
- Civ. Turnhout, 14 oct. 1982, *R. W.*, 1982-1983, col. 2771
- Civ. Bruxelles, 29 mars 1983, *R. W.*, 1983-1984, col. 454
- Civ. Bruges, 16 mai 1983, *T. Not.*, 1983, p. 342
- Civ. Bruxelles, 3 juin 1983, *rev. trim. dr. fam.*, 1983, p. 413
- Civ. Liège, 10 févr. 1984, *Rev. trim. dr. fam.*, 1984, p. 93
- Civ. Anvers, 21 nov. 1984, *Rev. trim. dr. fam.*, 1984, p. 352.
- CA Bruxelles, 23 mai 1985, inédit.
- CA Anvers, 4 juin 1985, inédit.

ALLEMAGNE

- **Cour constitutionnelle allemande**

- BVerfG, 14 nov. 1973
- B VerfG, 29 mai 1974, *Internationale Handesgesellschaft / EVG, RTDE*, 1975, p. 316
- BVerfGE, 11 octobre 1985, 2 BvR 336/85
- BVerfG, 1 BvR 2790/04, 10 juin 2005

- B VerfG, 30 juin 2009, Lisbonne, spéc. § 368-369, RDP. 10, n° 1, p. 171

- **Juges du fond**

- AG, Wittenberg, décisions du 19 mars 2004, 5 F 741/02 et 5 F 741/02.
- OLG, Naumburg, décision du 30 juin 2004, 14 WF 64/04
- OLG, Naumburg, décision du 26 juillet 2004, 9T 47/03.

PAYS-BAS

- **Hoge Raad**

- H.R., 18 janvier 1980, N.J., 1980, 463.
- H.R., 4 mai 1984, NJ, 1985, 510
- H.R., 21 mars 1986, NJ, 1986, 585
- H.R., 8 avril 1988, NJ, 1989, 170
- H.R., 24 février 1989, NJ, 1989, 741.
- H.R., 10 novembre 1989, NJ, 1990, 450.
- H.R., 18 mai 1990, NJ, 1991, 374 et 375.
- H.R., 22 février 1991, NJ, 1991, 376
- H.R., 20 décembre 1991, NJ, 1992, 598.
- H.R., 21 mars 1986 (4 arrêts), NJ, 1986, 885, 886, 887, 888.

ROYAUME-UNI

- House of Lords, 25 nov. 1999, (1999)3 WLR 1301.

EUROPE

- **Cour de justice de l'Union européenne :**
- TPICE, *Khouri c. Commission*, 18 déc. 1992, aff. T- 85/91, Rec. II-2637
- CJCE, arrêt *Costa c. ENEL.*, 15 juillet 1964, aff. 6/64, 1141
- CJCE, *arrêt Stauder* du 12 novembre 1969, affaire 29/69, Rec. , p. 419
- *CJCE, arrêt Internationale Handelsgesellschaft*, 17 décembre 1970, affaire 11/70, Rec. , p. 1125.
- CJCE, arrêt *Meinhardt c. Commission*, 17 mai 1972, aff. 24/71, Rec. p. 269.
- *CJCE, arrêt Nold*, du 14 mai 1974, affaire 4/73, Rec. , p. 491
- *CJCE, arrêt Rutili*, 28 octobre 1975, affaire 36/75, Rec. , p. 1219 : *RTDE*, 1976, pp. 141-144, G. Lyon-Caen ; *cah. Dr. eur.* 1976, pp. 58-67, C. Tomuschat ; *RMC*, 1976, pp 201-223, D. Simon ; *Rev. crit. DIP*, 1976, pp. 301-318, L. Dubouis
- CJCE, arrêt *Diatta*, 13 février 1985, aff. 267/83, Rec. , p. 567
- CJCE, arrêt *Reed*, 17 avril 1986, aff. 59/85, Rec. , p.1283, point 28 : *J.D.I.*, 1987, pp. 434-435, M.-C. Boutard-Labarde
- CJCE, arrêt *Les Verts c/ Parlement*, 23 avril 1986, aff. 294/83, Rec., p. 1339
- CJCE, arrêt *Grimaldi*, 13 décembre 1989, aff. 322/88, Rec., p. 4407
- CJCE, *arrêt Orkem c/ Commission des Communautés européennes*, 18 oct. 1989, , aff. 374/87, Rec. 3283 : M. Karpendschif et C. Nourissat, *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, PUF, 2010, spéc. n° 35, pp. 139-144
- CJCE, arrêt *Hoeschst AC c/ Commission des Communautés européennes*, 21 septembre 1989, aff. J.T.es 46/87 et 227/88, Rec. 2859, point 13 ; CJCE, 18 juin 1991, *ERT/DEP*, aff. C-260/89
- CJCE, arrêt *Di Léo*, 13 novembre 1990, aff. C-308/89, Rec. , p. I-4185, point 13: *J.D.I.*, 1991, p. 469, M.-C. Boutard-Labarde.
- CJCE, arrêt *Singh*, 7 juillet 1992, aff. C-370/90, Rec. , p. I-4265, point 20: *LPA*, 1993, n° 9, pp. 25-26, L. Cartou; *J.D.I.*, 1993, pp. 426-427, M.-C. Boutard-Labarde.
- CJCE, arrêt *Christos Konstantinidis*, aff. C-168/91, 30 mars 1993, Rec. p. I-1191 : *LPA*, 1994, n° 65, p. 22-28, J.-F. Flauss ; *Dr. trav. séc.soc.*, 1995, p. 1-2, P. Mazière ; *Rev. eur.dr.priv.*, 1995, p. 483-496, D. Gaurier et p. 496-503, F. Schockweiler et enfin p. 505-

514, G. Loiseau.

- CJCE, arrêt *Pedro Magdalena Fernandez contre Commission*, 15 septembre 1994, aff. C-452/93 P, Rec., I, p. 4295.
- CJCE, Arrêt *P. c. S. et Cornwall County Council*, 30 avril 1996, Point 16, aff. C-13/94, Rec., I-2143, *R.A.E.* 1996, 171, chron. F. Picod ; *Europe*, juin 1996, n° 238, D. Simon
- CJCE, arrêt *Ahmut c. Pays-Bas* du 28 novembre 1996, § 67, *R.U.D.H.* 1997. 26, chron. M. Levinet.
- CJCE, arrêt *Lisa Jacqueline Grant c/ South West Trains Ltd*, aff. C-249/96, 17 févr. 1998, Rec. p. I-00621 : *Europe*, 1998, comm. n° 123, p. 13-14 et comm. n° 132, p. 16, F. Berrod ; *Journal des Tribunaux*, 1998, p. 66-69, A. Weyembergh ; *RJS*, 1998, p. 506-507 ; *Dr. social*, 1998, p. 1034-1039, K. Berthou et A. Masselot ; *D.* 1998, somm., p. 372-374, J. Rideau ; *Rev. Marché. Unique eur.*, 1998, n° 2, p. 254-257, P. Cabral ; *RTDciv.* 1998, p. 529-532, J. Raynard.
- CJCE, arrêt *D. et Royaume de Suède c/ Conseil de l'Union européenne*, 31 mai 2001, aff. J.T.es C-122/99 P et C-125/99 P, Rec., p. I-04319 : *Europe*, 2001, comm. n° 213, D. Simon ; *A.J.D.A.*, 2001, p. 943-944, J.-M. Belorgey et S. Gervasoni, C. Lambert ; *D.* 2001, jur., p. 3381-3386, C. Nourissat et A. Devers ; *cah. dr. eur.*, 2002, p. 679-694, K. Berthou et A. masselot ; *RTDciv.* 2002, p. 76-77, J. Hauser ; *R.T.D.H.*, 2002, p. 663-664, Ch. Maubernard.
- CJCE, arrêt *Grzelczyk*, 20 septembre 2001, aff. C 184/99, Rec. , p. I-6193, point 31 : *Europe*, 2001, comm. n° 316, p. 5, Y. Gautier ; *Dr. soc.* 2001, pp. 1103-1107, J.-P. Lhernould ; *Rev. dr. UE*, 2001, n° 4, pp. 1008-1010, A. Alemanno ; *Rev. juris.soc.*, 2002, p. 11-13, F. Kessler ; *RTDE*, 2003, pp. 561-578, D. Franck. Arrêt *Hoop* du 11 juillet 2002, aff. C 224/98, Rec. , p. I-6191 : *JDI*, 2003, pp. 596-598, M. Luby.
- CJCE, arrêt *Sen c. Pays-Bas* du 21 décembre 2001 : *A.J.D.A.*, 2001, 1072, chron. J.-F. Flauss.
- CJCE, arrêt *Carpenter*, 11 juillet 2002, aff. C-60/00, Rec. , p. I-6279, points 38, 39, 41 et 46 : *J.D.I.*, 2003, pp. 593-596, M. Luby.
- CJCE, arrêt *Goodwin et I. Contre Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, *RTDciv.*, 2002, 862, chron. J.-P. Marguénaud ; *Dr.fam.*, 2002, Comm., n° 133, obs. A. Gouttenoire-Cornut ; *D.*, 2003, 2032, note A.-S. Chavent-Léclère
- CJCE, arrêt *MRAX*, 25 juillet 2002, aff. C-459/99, Rec. , p. I-6591, point 53 : *Rev. dr. des étrangers*, 2002, pp. 448-456, P. Lardinois : *J.D.I.*, 2003, pp. 593-596, M. Luby
- CJCE, arrêt *Baumbast*, 17 septembre 2002, aff. C -413/99, Rec. , p. I-7091, points 68 et 72 : *R.A.E.* 2001-02, pp. 1092-1101, L. Azoulay ; *J.D.I.*, 2003, pp. 596-598, M. Luby
- CJCE, arrêt *Akrich*, 23 septembre 2003, aff.C-109/01, Rec., p. I-9607, points 58 et 59 : *A.J.D.A.*, 2004, p. 320, J.-M. Belorgey ; *D.* 2004, jur., pp. 1063-1064, M. Sousse ;

- J.D.I.*, 2004, pp. 580-581, M. Luby ; *cah. dr. eur.* 2004, pp. 261-288, R. Plender.
- CJCE, arrêt *Garcia Avello*, 2 octobre 2003, aff. C-148/02, Rec. , p. I-11613 : 11613 : *AJDA*, 2004, p. 320-321, J.-M. Bélorgey ; *D.* 2004, jur., p. 1476-1479, M. Audit ; *J.D.I.* 2004, p. 582-584, M. Luby ; *R.C.D.I.P.* 2004, p. 192-202, P. Lagarde ; *RTDciv.* 2004, p. 62-63, J. Hauser ; *J.D.I.*, 2004, p. 1225-1237, S. Poillot-Peruzzetto.
 - CJCE, arrêt *K.B.c/ National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, 7 janvier 2004, aff. C-117/01, Rec. 2004, p. I-00541 : *RJS*, 2004, p. 263-265, J. Ph. Lhernould ; *A.J.D.A.*, 2004, p. 321, J.-M. Belorgey ; *D.* 2004, jur., p. 979-983, Ph. Icard ; *Europe*, 2004, comm., n° 75, p. 19 ; *RTDciv.*, 2004, p. 266-267 ; *RTDciv.* 2004, p. 373-375, J.-P. Marguénaud et J. Raynard ; *Actual. Jur. Fonc. Publ.*, 2004, p. 199-200, J.-P. Didier.
 - CJCE, arrêt *Georgios Orfanopoulos e.a c. Land Baden-Württemberg*, 29 avril 2004, aff. C-482/01 et C-493/01, JOUE C 118 du 30 avril 2004, p. 17, points 98 et 99, *Europe*, juin 2004, n° 2000, D. Simon, et *R.T.D.H.* 2005, pp. 651-653, Ch. Maubernard.
 - CJCE, arrêt *Götz Leffler*, 8 novembre 2005, aff. C-443/03.
 - CJCE, arrêt *Parlement c/ Conseil*, 27 juin 2006, Aff. C-540/03, Rec., p. I-5769 : *Europe*, 2006, comm. n° 236, pp. 13-14, F. Kauff-Gazin ; *Rev. Lamy Concurrence*, 2006, n° 9, p. 64-66, C. Nourissat ; *R.T.D.eur.*, 2006, pp. 673-685, B. Masson ; *A.J.D.A.*, 2006, pp. 2286-2288, L. Burgorgue-Larsen ; *Rev. dr. UE*, 2006, n° 3, pp. 702-706, E. SanfrutosCano ; *R.T.D.H.*, 2008, pp. 595-609, D. Martin ; *L'Europe des Libertés : Rev. d'actualité jur.*, 2006, n° 21, pp. 9-15, H. Brodier ; *J.D.I.*, 2007, pp. 636-639, S. Francq.
 - CJCE, arrêt *Tadao Maruko*, aff. C-267/06, 1^{er} avril 2008, Rec., p. I-01757 : *Dr. soc.*, 2008, p. 712-716, J.-P. Lhernould ; *A.J.D.A.*, 2008, p. 872-873 ; *Europe*, 2008, comm. n° 150, p. 13, L. Driguez ; *D.* 2008, p. 1873-1876, C. Weisse-Marchal ; *JCP, soc.*, 2008, n° 1416, p. 39-41, J. Cavallini.
 - *CJCE, arrêt Metock e.a. c. Minister of Justice, Equality and Law Reform*, 25 juillet 2008, aff. C-127/08, JOUE C 236 du 13 septembre 2008, p. 4.
 - CJCE, arrêt *Grunkin c. Standesamt Niebuß*, aff. C-353/06, 14 oct. 2008 : *Dr. fam.* 2009, comm. 50, pp. 46-48, note F. Viangalli ; *Europe*, 2008, comm. n° 397, p. 9, F. Kauff-Gazin ; *AJDA*, 2008, p. 2331 ; *Europe*, 2008, comm. n° 431, p. 28, L. Idot ; *JCP G.* 2008. II. 10071, pp. 36-38, A Devers ; *D.* 2009, pp. 845-848, F. Boulanger ; *Rev. crit. DIP.* 2009, pp. 87-93, P. Lagarde , *JDI*, 2009, pp. 207-216, L. D'Avout ; *JDI*, 2009, pp. 645-646 ; *JCP. G.* 2008. I. 107, n° 4, obs. E. Fongaro.
 - CJCE, arrêt *Korkein hallinto-oikeus*, 2 avril 2009, aff. C-523/07, Rec. I-2805 : *Procédures*, 2009, comm. n° 277, note C. Nourissat ; *R.C.D.I.P.*, 2009, n°4, pp. 791-813, note E. Gallant ; *Europe*, 2009, comm. 265, note L. Idot.
 - CJCE, arrêt *Hadadi*, 16 juillet 2009, aff. C-168/08, J.O. n° C 220/11, du 12 sept. 2009 : *R.T.D.eur.* 2010, pp. 769-774, note P. Lagarde ; *Procédures* 2009, n° 11, comm. 361, note C. Nourissat ; *J.D.I.* 2010, pp. 163-183, note L. D'Avout ; *AJ fam.* 2009, n° 9, p.

- 348, obs. A. Boiché ; *D.* 2009, act., p. 2106, obs. V. Egéa ; *Europe*, 2009, Comm. n° 389, note L. Idot.
- CJUE, arrêt *Detiček*, 23 déc. 2009, aff. C-403/09 PPU, § 36 : *R.T.D.H.* 2010, n° 83, p. 637 ; *R.L.D.C.* 2010, n° 2, comm. n° 68. ; *Procédures*, 2010, n° 3, Comm. n° 73, note C. Nourissat ; *Europe*, 2010, Comm. n° 57, note L. Idot ; *D.* 2010, p. 1055, note C. Brière ; *AJ fam.* 2010, p. 131, note A. Boiché ; *D.* 2010, p. 1585, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke
 - CJUE, arrêt *Rhimou Chakroun c. Minister van Buitenlandse Zaken*, 4 mars 2010, aff. C-578/08, : *Europe*, 2010, Comm. n° 162, note L. Driguez
 - CJUE, arrêt *Doris Povse c. Mauro Alpago*, 1^{er} juin 2010, aff. C-211/10 PPU, § 64 : *JCP. G.* 2010. II. 956, note A. Devers ; *R.T.D. civ.* 2010, p. 748, P. Rémy-Corlay.
 - CJUE, arrêt *J. McB c. L.E.*, 5 oct. 2010, aff. C-400/10 PPU : *Dr. fam.* 2011, n° 3, Comm. n° 50, p. 45, note M. Farge ; *JCP. G.* 2010. 1327, note F. Boulanger ; *Europe*, 2010, Comm. n° 447, note L. Idot ; *Procédures*, 2010, Comm. n° 405, note C. Nourissat ; *AJ fam.* 2010, pratique, p. 482, note A. Boiché ; *D.* 2010, p. 2516, obs. I. Gallmeister ; *R.T.D. civ.* 2010, p. 748, P. Rémy-Corlay.
 - CJUE, arrêt *Sayn-Wittgenstein*, 22 déc. 2010, aff. C-208/09, : *Europe*, 2011, Comm. n° 40, note D. Simon ; *JCP. G.* 2011, n° 3, p.111, note F. Picod ; *AJDA*, 2011, n° 5, p.264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat.
 - CJUE, arrêt *Barbara Mercredi*, 22 déc. 2010, aff. C-497/10 PPU : *Europe*, 2011, Comm. n° 117, note L. Idot ; *Dr. fam.* 2011, n° 4, Comm. n° 66, note E. Viganotti
 - CJUE, arrêt *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*, 22 déc. 2010, aff. C-491/10 PPU : *Dr. fam.* 2011, n° 4, Comm. n° 66, note E. Viganotti ; *Europe*, 2011, n° 3, Comm. n° 118, note L. Idot
 - CJUE, arrêt *Malgožata Runevič-Vardyn, tukasz Pawel Wardyn*, 12 mai 2011, aff. C-391/09 : *Europe*, 2011, Comm. n° 238, note D. Simon.

- **Cour européenne des droits de l'homme**

- *Affaire linguistique belge*, 23 juillet 1968, A-6, § 10 : *A.F.D.I.* 1968, 201, obs. R. Pelloux ; *R.B.D.I.* 1970, 353, obs. J. Verhoeven.
- Arrêt *Marcks c. Belgique*, 13 juin 1979, série A, n° 31, *J.T.*, 1979, 513, obs. F. Rigaux ; *A.F.D.I.* 1980, 317, obs. Pelloux ; *J.D.I.*, 1982, 183, obs. Rolland.
- Arrêt *Rasmussen c/ Danemark*, CEDH, 28 novembre 1984, A. 87, §40 : *J.D.I.*, 1986, 1074, obs. P. Tavernier ; *GACEDH*, p. 81.
- Arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, 28 mai 1985, A.94

- Arrêt *Feldbrugge c/ Pays-Bas*, 25 mai 1986, A. 99.
- Arrêt *Deumeland c/ Allemagne*, 29 mai 1986, A. 100.
- Arrêt *Rees c/ Royaume-Uni*, 10 octobre 1986, A.106, *J.D.I.*, 1987, 796, chron. P. Rolland.
- Arrêt *Johnston c/ Irlande*, 18 déc. 1986 : *AFDI*, 1987, 239, obs. V. Coussirat- Coustère ; *J.D.I.*, 1987, 812, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, p. 555.
- Arrêt *W. c/ Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, § 59, A.120 et 121.
- Arrêt *Inze c/ Autriche*, 28 octobre 1987, A-126.
- Arrêt *F. c/ Suisse*, 18 décembre 1987, A-128. : *J.D.I.* 1988, 892, obs. P. Tavernier.
- Arrêt *Olsson c/ Suède*, 24 mars 1988, § 59, A. 130, *J.D.I.*, 1989, 789, obs. P. Tavernier ; *Rev. sc. crim.* 1988, 573, obs. L.-E. Pettiti.
- Arrêt *Eriksson c/ Suède*, 22 juin 1989, A. 156.
- Arrêt *Soering c/ Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A, n° 161.
- Arrêt *Gaskin c/ Royaume-Uni*, 7 juillet 1989 : *R.U.D.H.* 1990, 361, chron. P. Lambert.
- Arrêt *Cossey c/ Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, A. 184.
- Arrêt *Moustaquim c/ Belgique*, 18 février 1991, A. 193, *R.T.D.H.* 1991. 385, obs. P. Martens A
- Arrêt *B. c/ France*, *Defr.* 1992, 25 mars 1992 : *D.* 1992, *Somm. Comm.*, p. 325, obs. Renucci et I.R. 129, *JCP. G.* 1992. II. 21955, note T. Garé ; *JCP. G.* 1993. I. 3654, n° 19, obs. F. Sudre ; *D.* 1993, 101, J.-P. Marguénaud ; *R.T.D. civ.* 1992, 540, obs. J. Hauser ; *R.T.D.H.* 1993, 483, obs. O. Pettiti ; *D.* 1992, *chron.* 323, C. Lombois.
- Arrêt *Beljoudi c/ France*, 26 mars 1992, série A, n° 234-A, *JCP, G.* 1993, I, 3654, n° 22, *chron.* F. Sudre ; *R.T.D.H.* 1993. 449, note J.-Y. Carlier
- Arrêt *Nasri c/ France*, 13 juillet 1995
- Arrêt *Niemietz c/ Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29 : *AFDI*, 1992, p. 629, obs. V. Coussirat-Coustère ; *R.T.D.H.* 1993, p. 410, *chron.* P. Lambert et F. Rigaux, *GACEDH*, p. 483
- Arrêt *Rieme c/ Suède*, 22 avril 1993, A.226
- Arrêt *Burghartz c/ Suisse*, 22 février 1994, série A, n°280-B, §24 : *JCP. G.* 1995. I. 3823, n ° 31, *chron.* F. Sudre ; *R.T.D.H.* 1995. 53, note P. Georgin.

- Arrêt *Kroon c/ Pays-Bas*, 27 octobre 1994, A.297-C : *JCP. G.* 1995. I. 3823, n° 42, obs. F. Sudre.
- Arrêt *Loisidou c/ Turquie*, 23 mars 1995, *R.U.D.H.* 1995, p. 130 s
- Arrêt *Johansen c/ Pays-Bas*, 7 août 1996 : *JCP. G.* 1997. I. 4000, obs. F. Sudre.
- Arrêt *C. c/ Belgique* du 7 août 1996, Rec. 1996, III.A
- Arrêt *X, Y, Z c/ Royaume-Uni*, 22 avril 1997 : *JCP.G.*1998.I.107, chron. F. Sudre ; *D.* 1997. 582, note S. Grataloup.
- Arrêt *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, *R.T.D.H.*, 1999, 646, note M. Levinet.
- Arrêt *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, 21 décembre 1999, *R.T.D. civ.*, 2000, 433, chron. J.-P. Marguénaud.
- Arrêt *Mazurek c/ France* 1^{er} févr. 2000: *JCP. G.* 2000. I. 278, R. Le Guidec et II, 10286, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *D.* 2000, p. 332, note J. Thierry ; *R.T.D. civ.* 2000, p. 429, obs. J.-P. Marguénaud et J. Raynard et p. 311, obs. J. Hauser ; *Dr. et patr.* 2000, n° 82, p. 56, note P. Stoffel-Munck ; *Defr.* 2000, p. 654, obs. J. Massip.
- Arrêt *Gnähöré c/ France*, 19 septembre 2000, *RDP.*, 2001, 682
- Arrêt *K. et T. c/ Finlande*, 12 juillet 2001, *JCP, G.* 2002, I, 105, obs. F. Sudre
- Arrêt *Boultif c/ Suisse*, 2 août 2001, *R.T.D.H.* 2002. 483, note H. Mock.
- Arrêt *Mikulic c/ Croatie*, 7 févr. 2002 : *JCP, G.* 2002, I, 157, n° 13, chron. F. Sudre.
- Arrêt *Fretté* du 26 février 2002, *JCP, G.* 2002, II, 10074, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *R.T.D. civ.*, 2002,p. 280, obs. J. Hauser et p. 389, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.* 2002, p. 814, note A. Debet.
- Arrêt *L. et V. c/ Autriche* du 9 janvier 2003, § 45, *D.* 2003. 2278, obs. L. Burgorgue-Larsen.
- Arrêt *Odièvre c/ France*, Cour EDH, 13 févr. 2003 : *JCP. G.* 2003. II. 10049, note F. Sudre et A. Gouttenoire-Cornut ; *Dr. fam.* 2003, comm. n° 58, note P. Murat ; *R.T.D. civ.* 2003, p. 375, obs. J.-P. Marguénaud ; *Dr. fam.* 2003, chron. 14, obs. H. Gaumont-Prat ; *JCP. G.* 2003. I. 120, note Ph. Malaurie ; *R.T.D. civ.* 2003, p. 276, obs. J. Hauser ; *R.J.P.F.* 2003, p. 19, note M.-Ch. Le Boursicot ; *D.* 2003, p. 1240, note B. Mallet-Bricout ; *R.T.D.H.* 2004, n° 58, p. 405, comm. V. Bonnet
- Arrêt *Karner c/ Autriche* du 24 juillet 2003, *JCP, G.* 2004, I, 107, chron., n° 18, F. Sudre.

- Arrêt *Görgülü c/ Allemagne*, 26 février 2004, *Dr.fam.*, 2004, comm. 48, obs. P. Murat.
- Arrêt *Keegan c/ Irlande*, 26 mai 2004, A. 290 : *JCP. G.* 1995. I. 3823, obs. F. Sudre.
- Arrêt *Haase c/ Allemagne*, 4 juillet 2004, requête n° 11057/ 02
- Arrêt *Merger et Cros c/ France*, 22 déc. 2004, : *Dr. fam.* 2005, étude 17, note S. le Chuiton ; *R.T.D. civ.* 2005, p. 335, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP. G.* 2005, I, 103, n° 16, obs. F. Sudre.
- Arrêt *B. et L.* du 13 septembre 2005 : *Dr. fam.*, 2005, comm. n° 234, note A. Gouttenoire et M. Lamarche ; *JC. G.* 2006. I. 109, n° 11, obs. F. Sudre.
- Arrêt *Aristimuno Mendizabal c/ France*, 17 janvier 2006, point 69, *JCP. G.* 2006. I.164, F. Sudre.
- Arrêt *Jäggi c/ Suisse*, 13 oct. 2006, , *R.T.D. civ.* 2006, 727, obs. J.-P. Marguénaud ; *R.T.D. civ.* 2007, p. 99, obs. J. Hauser
- Arrêt *R. et F. c/ Royaume-Uni et Parry c/ Royaume-Uni*, 28 nov. 2006, : *R.T.D. civ.* 2007, 287, J.-P. Marguénaud.
- Arrêt *Evans c/ Royaume-Uni*, 10 avril 2007, § 78 : *R.D.S.S.* 2007, 810, note D. Roman ; *RTDciv.* 2007, 295, obs. J.-P. Marguénaud, *GACEDH*, p. 26.
- Arrêt *Vilho Eskelinen et autres c/ Finlande*, 19 avril 2007
- Arrêt *Schmidt c/ France*, 26 juillet 2007, *R.T.D. civ.*, 2007, p. 765, obs. J. Hauser
- Arrêt *Dickson c/ Royaume-Uni*, 4 déc. 2007 : *Rev. sc. crim. Dr. pén. Comp.*, 2008, 160, chron. J.-P. Marguénaud ; *JCP, G.* 2008, I, 110, obs. F. Sudre.
- Arrêt *Kearns c/ France*, 10 janvier 2008, *Dr. fam.* 2008, étude, n° 14, obs. A. Gouttenoire ; *R.J.P.F.* 2008-4/29, obs. Th. Garé ; *D.* 2008, p. 415, obs. P. Guiomard ; *AJ Fam.* 2008, p. 78, obs. F. Chénéde.
- Arrêt *E.B. c/ France* du 22 janvier 2008 : *JCP. G.* 2008. II. 10071, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *R.J.P.F.* 2008, n° 2, p. 22, note S. Valory ; *LPA*, 2008, n° 28, p. 9, comm. F. Chaltiel ; *R.T.D. civ.* 2008, p. 249, obs. J.-P. Marguénaud ; *LPA*, 2008, n° 145, p. 15, note F. Dekeuwer-Défossez.
- Arrêt *Kosak c/ Pologne* du 2 mars 2010, n° 13102/02 : *Dr. fam.* 2010, n° 4, Alerte n° 23, obs. M. Bruggeman.
- Arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche*, 22 juin 2010 : *JCP. G.* 2010, 1013, obs. H. Fulchiron ; *R.T.D. civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *Dr. fam.* 2010, n° 10, Comm. n° 143, note E. Lagarde ; *Dr. fam.* 2011, n° 4, Etude n° 10, n° 1, obs. A. Gouttenoire.
- Arrêt *P.B. et J.S. c/ Autriche* 22 juillet 2010, n° 18984/02 : *AJ fam.* 2010, p. 395.
- Arrêt *Sporer c/ Autriche*, 3 févr. 2011 : *Dr. fam.* 2011, alerte 30

- Arrêt *Gluhakovic c/ Croatie*, 12 avril 2011, n° 21188/09 : *Dr. fam.* 2011, n° 6, Alerte n° 47, M. Bruggeman

- **Commission européenne des droits de l'homme**

- Décision *S. c/ Royaume-Uni*, 14 mai 1986, n° 11716, D R 47, p. 274, § 7 ; Décision *C. et L.M./ Royaume-Uni*, 9 octobre 1989, n° 14753, § 2 ; Décision *B. / Royaume-Uni*, 10 février 1990, n° 16106, D R 64, p. 278, §2.

INDEX

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Accès aux origines:

- Accouchement discret : 325
- Accouchement sous X : 249 s., 315

Adoption :

- internationale: 225
- homosexuelle: 322

Assistance éducative : 236

Autodétermination: 551

Autonomie de la volonté : 579 s.

Autorité parentale:

- Belgique: 273 s., 323
- délégation: 624

B

Beau-parent :

- liens affectifs: 639 s.
- rôle éducatif: 630 s.

Binationalité : 72, 266, 487

C

CDCJ: 43

CDCS: 46 s.

CDEG: 48 s.

CEDS: 223

Charte des droits fondamentaux de l'UE :
18, 65, 80 s., 125, 147 s., 196 s., 265

- discrimination fondée sur l'orientation sexuelle: 155
- élaboration: 357

Charte sociale européenne : 63 s., 81

Civil Partnership: 328

CJFA: 44, 360

CJ-S-CH: 45

CJUE:

- autorité de la chose interprétée: 264
- Bruxelles II Bis: 90 s., 266
- dénominateur commun: 379, 383
- droits fondamentaux: 77, 86
- égalité des couples: 200, 204, 379 s.
- mariage transsexuel: 180, 194 s., 378
- méthode comparative: 377
- méthode sélective: 382
- nom de famille: 72 s., 188 s.
- question préjudicielle: 264, 266
- regroupement familial: 88, 184 s.
- résidence habituelle: 474
- vie familiale: 186
- mesures d'expulsion: 178 s.

Conjoint survivant: 308

Conseil constitutionnel : 3

Conseil de l'Europe :

- Assemblée parlementaire : 50, 352

- Assemblées politiques: 344 s.
 - Comité des ministres :
 - contrôle politique: 59
 - mission: 42
 - organes spécialisés: 42 s.
 - Conventions: 365
 - Coopération juridique: 35
 - Statut: 36
- Convention de Bâle: 172
- Convention de Bruxelles I: 94, 101, 403 s.
- Convention de Bruxelles II: 99, 413
- Convention de Luxembourg: 234
- Convention de Rome: 94, 446
- Conv. ESDH :
- Adhésion UE: 126 s.
 - Interprétation: 56 s.
 - Protocole n° 1: 259, 288
 - Protocole n° 7: 233, 238 s.
 - Protocole n° 14: 61
- Convention européenne relative à la garde des enfants: 165
- Convention européenne sur les relations personnelles des enfants: 167
- Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants: 160, 228, 234
- Convention internationale des droits de l'enfant: 5, 160, 217, 224, 228
- Coopération :
- Juridictionnelle : 129
 - Politique : 117
 - Renforcée : 356
- Coordination : 394 s.
- Définition : 23, 24
 - Acteurs : 514 s.
 -
- Confiance mutuelle: 514
- Conflit:
- de juridictions: 443 s.
 - de lois: 445, 450 s.
 - de nationalités: 487
- Contractualisation: V° privatisation
- Couple : 552
- Cour d'arbitrage belge: 284 s.
- égalité des filiations: 285 s.
 - regroupement familial: 287
- Cour constitutionnelle allemande:
- autorité parentale: 293
- Cour de cassation:
- Belgique:
 - égalité des filiations: 289 s.
 - France:
 - assistance éducative: 236
 - égalité des filiations: 255 s.
 - homoparentalité: 623 s.
 - identification génétique: 261
 - mariage homosexuel: 237, 241 s.
 - mater semper certa est: 260 s.
 - motivation: 237, 335
 - règlement Bruxelles II Bis: 242 s.
 - répudiation: 238 s.
 - transsexualisme: 258 s.
 - Pays-Bas (Hoge Raad): 295 s.
 - autorité parentale: 299
 - égalité des filiations: 295 s.
 - filiation: 300
 - vie familiale: 297 s.
- Cour EDH:
- accès aux origines: 249 s., 373
 - adoption homosexuelle: 374

- autorité de la chose interprétée: 246, 255, 262, 293
- autorité parentale: 186, 293, 299
- consensus: 369 s.
- divorce: 371
- égalité
 - des couples: 199 s., 203
 - des filiations: 176, 245 s., 256, 259, 277s., 285 s., 295, 376
- filiation: 300
- identification génétique: 261
- influence:
 - sur Cour de cassation française: 256
 - sur CJUE: 176 s.
- mariage transsexuel: 193
- mater semper certa est: 260, 274
- nom de famille: 188 s., 221 s., 281
- obligations positives: 56 s., 176
- marge d'appréciation: 370
- mariage homosexuel: 153
- méthode comparative: 370
- vie familiale: 150, 297
 - mesures d'expulsion: 177 s.
 - regroupement familial: 185
- transsexualisme: 258, 280, 370 s., 375

Créancier d'aliments: 525

CS-EF: 47

D

Directives: 366

Diversité des droits:

- recul: 411
- respect: 392

Divorce :

- France: 318
- objectivation: 570
- typologie: 570 s.

- Portugal: 327

Droit comparé : 305 s.

- Influence:

- sur droit anglais: 328
- sur droit belge: 322 s.
- sur droit espagnol: 326
- sur droit français: 307 s.
- sur les juges: 329 s.
- sur droit portugais: 327

- notion: 303

Droit de la famille :

- notion: 20 s.
- pédocentrique: 585

Droits fondamentaux : 52 s., 75 s., 139 s., 545

Droit international privé : 394 s.

- Conférence de La Haye: 5, 21, 355, 396, 471,
- Conseil de l'Europe: 395
- Union européenne: 397 s.
 - adoption: 428
 - cohérence: 431 s.
 - coloration matérielle: 465 s.
 - divorce et responsabilité parentale: 83, 90, 165, 167, 229, 275, 356, 460
 - filiation: 427
 - mariage: 426
 - morcellement: 416 s.
 - nom: 425
 - obligations alimentaires: 101 s., 355, 459
 - partenariat enregistré: 419 s.
 - régimes matrimoniaux: 419 s.
 - sécurité juridique: 439 s.
 - successions: 419

E

Efficacité des jugements: 489 s.

- exécution: 505 s.
- reconnaissance: 490 s.

Egalité : 559

- Filiation : 595
 - Autriche: 278
 - Belgique: 322
 - France: 310
 - Irlande: 279
 - Pays-Bas: 277
- Non-discrimination : 468
- Orientation sexuelle : 153 s., 197 s., 623
- Sexe :
 - France: 219, 223
 - rôles conjugaux: 555 s.
 - rôles parentaux: 558 s.

Enfant :

- adoption internationale: 225
- défenseur des enfants: 226, 313
- droits: 224 s., 592 s.
- faveur: 527
- intérêt: 586 s.
- volonté:
 - audition: 227 s., 229, 599
 - participation: 597

F

Famille

- Définition : 2, 20
- Homosexuelle : 605 s.
- Recomposée : 628 s.
- Transfrontière : 22, 394

Favor divortii : 533 s.

Filiation : 562 s.

- France: 252, 319
- Portugal: 327

Fondamentalisation : 544

Forum more convenient: 528

Forum shopping : 455 s.

G

GEDIP: 412

H

Harmonisation :

- des droits: 544 s.
- notion: 23 s.
- procédurale: 512

Hiérarchie des normes : 27

Hoge Raad: V^o Cour de cassation, Pays-Bas

Homoconjugalité : 606 s.

- reconnaissance juridique: 607 s.
- statut juridique: 612 s.

Homologation: 583

Homoparentalité : 621 s.

Homoparenté : 621 s.

Homosexualité : 320

I

Identification génétique : 258

Individualisme : 550 s.

N

Interprétation téléologique: 331

Nom : 559

- Belgique: 272, 324
- France: 220, 309, 312
- Suisse: 281

J

Jurisprudence : 4

O

L

Libéralisation : 553 s.

Ordre juridique : 27

Libre circulation

Ordre public : 521

- citoyens européens: 70 s.
- Jugements: 489 s.
- Personnes : 14, 70, 479 s.
- Travailleurs: 14, 87

- Direction : 581
- Effet atténué: 495 s.
- Procédural: 512
- Protection : 582

Livres verts : 358

- Etat civil: 429
- obligations alimentaires: 102
- régimes matrimoniaux: 104
- successions: 103

P

PACS : 307, 617 s.

M

Mariage :

- Homosexuel : 326, 608
- Transsexuel : 190 s.

Partenariat enregistré : 103, 328, 607 s.

Pluralisme : 603 s.

Principe d'autonomie : 482 s.

Principe de proximité : 469 s.

- nationalité: 477
- résidence habituelle:
 - définition: 474 s.
 - critère: 470 s.

Mater semper certa est : 260 s., 274

Principe de souveraineté : 475

Matriarcat: 562 s.

Privatisation : 565 s.

Médiation familiale:

- droit européen: 173 s.
- droits nationaux: 580

- vie du couple: 567
- rupture: 569

Q

QPC : 3

Qualification juridique : 620

R

Rapprochement :

- notion: 23
- des sources: 27 s.
- des droits: 391 s.

Recommandations: 215, 220 s., 364

Règlements: 366

- Divorce et responsabilité parentale
 - Bruxelles II: 99, 409, 414
 - Bruxelles II Bis: 83, 90, 165, 167, 229, 275, 354
 - Rome III: 26, 100, 356, 460
- Obligations alimentaires:
 - Bruxelles I: 101
 - n° 4/2009: 102, 355, 459
- Partenariat enregistré:
 - proposition: 104
- Régimes matrimoniaux:
 - proposition: 89, 104
- Saisie-conservatoire des comptes bancaires:
 - proposition: 415
- Successions:
 - proposition: 103

Règles de conflit :

- Finalité matérielle : 488 s.

Regroupement familial : 14, 86 s., 150, 183 s., 287, 359, 367

Réseau : 29

Résidence alternée: 311

Résolutions: 215, 219 s., 364

Responsabilité parentale : 560, 564

S

Soft law : 215, 364

Sources : 3

Subsidiarité : 105, 447

T

Traité:

- d'Amsterdam: 31, 67, 79, 94, 218, 414
- de Lisbonne: 67, 82, 107
- de Maastricht: 31, 70 s., 79, 94, 99
- de Nice: 79, 109
- modificateur: 8, 16 s.
- originaire: 8

Transsexualisme :

- Espagne: 326
- Royaume-Uni: 280

U

Unanimité : 26, 109, 127, 356, 362, 421, 459 s.

Unification : 23 s.

Uniformisation : 23, 399

Union européenne

- Agence des droits fondamentaux: 144

- CFR-CDF : 83
- Citoyenneté européenne : 17, 70
- Compétence d'attribution: 9
- Confiance mutuelle : 544
- Coopération judiciaire civile :
 - programmes politiques: 96, 97
 - légitimité: 205 s.
- Dimension économique : 9
- Droit primaire : 8
- Droits fondamentaux: 76 s.
- Effet utile : 12
- Espace de liberté, de sécurité et de justice : 67 s.
- Politique familiale: 13

TABLE DES MATIÈRES

Introduction générale	1
PREMIÈRE PARTIE	
LES FIGURES DIVERSES DU RAPPROCHEMENT	23
TITRE 1.....	
LE DIALOGUE ENTRE LES DEUX ORDRES JURIDIQUES EUROPEENS SUPRANATIONAUX	25
Chapitre 1	
LA CONCURRENCE DES ORDRES JURIDIQUES EUROPEENS SUPRANATIONAUX.....	27
Section 1 : La construction d'un espace juridique commun par le Conseil de l'Europe	29
§ 1. La promotion de la coopération juridique.....	29
A. L'acceptation large du champ d'application de la coopération juridique.....	30
B. Les organes spécialisés dans la coopération juridique en matière familiale	32
1. Les organes spécialisés du Comité des Ministres.....	33
a. Le comité européen de coopération juridique (CDCJ)	33
1°) Le Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA)	34
2°) Le groupe de spécialistes sur une justice adaptée aux enfants (CJ-S-CH)	34
b. Le comité européen pour la cohésion sociale (CDCS)	35
c. Le comité directeur pour l'égalité entre les femmes et les hommes (CDEG)	36
2. Les organes spécialisés de l'Assemblée parlementaire.....	38
§2. La protection des droits fondamentaux	40
A. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. ESDH).....	40
1. Le contrôle juridictionnel de la Cour EDH	41
2. Le contrôle politique du Comité des Ministres	44
B. La Charte sociale européenne	46
Section 2 : La construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice par l'Union européenne	51
§1. La famille et l'espace de liberté.....	52
A. L'appréhension du droit de la famille par le moyen de la libre circulation des citoyens européens	52
B. L'intervention en droit de la famille par le moyen de la protection des droits de l'homme.....	56

1. La consécration progressive des droits fondamentaux dans le droit de l'Union européenne	56
2. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	58
a. L'influence de la Charte avant son entrée en vigueur	60
b. L'influence de la Charte depuis son entrée en vigueur	64
§2. La famille et l'espace de justice	68
A. Les bases juridiques et politiques de l'intervention de l'Union européenne	68
B. Les initiatives de l'Union européenne en droit de la famille	71
1. La diversité des matières familiales concernées par la coopération judiciaire civile	71
a. Les initiatives en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale	71
b. Les initiatives en matière d'obligations alimentaires	72
c. Les initiatives en matière de successions	74
d. Les initiatives en matière de régimes matrimoniaux	74
2. La légitimité de la coopération judiciaire civile en matière familiale	75
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	81
Chapitre 2	
LA COEXISTENCE HARMONIEUSE DES ORDRES JURIDIQUES EUROPEENS SUPRANATIONAUX	83
Section préliminaire : Le contexte général de coopération entre les deux organisations européennes	85
§1. Le contexte général de coopération politique	85
§2. Le contexte général de la coopération juridictionnelle	92
Section 1 : les influences normatives entre les deux ordres juridiques européens supranationaux	101
§1. La complémentarité des sources européennes concernant la protection des droits fondamentaux	101
A. L'action concordante des sources européennes en faveur de la protection des droits fondamentaux de la famille	104
1. Le droit au respect de la vie familiale	105
2. Le droit au mariage	107
3. L'égalité des couples et la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle	109
B. L'action complémentaire des sources européennes en faveur des droits fondamentaux de l'enfant	112

§2. La complémentarité des sources européennes en faveur de la création d'un espace de justice européen.....	116
Section 2 : La coopération jurisprudentielle des deux ordres juridiques européens supranationaux.....	125
§1. Les influences univoques.....	125
A. Droit au respect de la vie familiale et mesures d'expulsion.....	126
B. Droit au respect de la vie familiale et regroupement familial	131
C. Droit au respect de la vie familiale et enlèvement d'enfants	134
§2. Les influences réciproques	135
A. La reconnaissance du droit au nom	135
B. Le mariage transsexuel.....	138
1. Le rejet initial du mariage transsexuel	138
2. L'admission circonstanciée du mariage transsexuel	139
C. L'égalité des couples	142
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	151
CONCLUSION DU TITRE 1.....	153
TITRE 2.....	
LE DIALOGUE ENTRE LES DIVERS ORDRES JURIDIQUES EUROPEENS	155
Chapitre 1	
L'INFLUENCE DES DROITS EUROPEENS SUPRANATIONAUX SUR LES DROITS NATIONAUX DE LA FAMILLE	157
Section 1 : L'influence du droit européen supranational sur l'ordre juridique français	159
§ 1. L'impact des textes européens sur l'ordre juridique français	160
A. L'influence des textes européens sur le législateur français en droit de la famille	162
1. L'égalité des sexes en droit de la famille.....	163
2. Les droits de l'enfant	168
B. La réception du droit européen écrit par le juge français en matière familiale	175
1. L'influence croissante du droit écrit du Conseil de l'Europe sur le juge français	175
2. L'influence récente du droit de l'Union européenne sur le juge français.....	183
§ 2. L'impact de la jurisprudence européenne sur l'ordre juridique français.....	186
A. L'influence notoire de la jurisprudence européenne sur le législateur français.....	186
1. La prise en compte provoquée de la jurisprudence européenne	186
2. La prise en compte spontanée de la jurisprudence européenne.....	190
B. La prise en compte discrète de la jurisprudence européenne par le juge français	194
1. L'influence implicite et abondante de la Cour EDH.....	194

2. L'influence explicite, mais peu développée de la CJUE	205
Section 2 : L'influence du droit européen supranational sur les autres droits européens nationaux de la famille	211
§1. L'influence du droit européen sur les autorités normatives des autres pays	211
A. L'exemple belge.....	211
B. Les autres pays.....	215
§2. L'influence du droit européen supranational sur les juges nationaux des autres pays	218
A. L'exemple des juridictions belges.....	218
1. La Cour constitutionnelle belge.....	218
2. La Cour de cassation belge	223
B. L'exemple du juge allemand et du juge néerlandais	227
1. La Cour constitutionnelle allemande.....	227
2. La Cour de cassation néerlandaise	230
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 :	235
Chapitre 2.....	
L'INFLUENCE DES ORDRES JURIDIQUES NATIONAUX SUR LES DIVERS ORDRES JURIDIQUES EUROPÉENS.....	237
Section 1 : L'impact des ordres juridiques nationaux les uns sur les autres en droit de la famille	239
§1. La place du droit comparé dans le cadre des travaux législatifs internes.....	239
A. L'exemple français.....	240
1. L'infléchissement du législateur français face au droit comparé.....	241
a. Le droit comparé : un « procédé argumentatif »	241
b. Le droit comparé : une source d'inspiration	244
2. Les résistances du législateur français face au droit comparé.....	246
a. Le droit comparé : un appui pour le législateur français.....	246
b. Le droit comparé : un indicateur parfois inexploité.....	247
B. Les exemples étrangers.....	250
1. L'exemple belge.....	250
2. Les exemples espagnol, portugais et anglais.....	253
§2. La place du droit comparé dans la technique juridictionnelle	255
A. Les raisons de l'intérêt porté par la pratique juridictionnelle aux droits et jurisprudence étrangers	256
B. La discrétion des juridictions nationales au sujet de l'utilisation du droit comparé.....	258

Section 2 : L'influence des ordres juridiques nationaux sur les droits européens supranationaux.....	263
§1. La place des ordres juridiques nationaux au stade de l'élaboration du droit européen supranational.....	263
A. L'intervention des Etats membres au stade de la conception du droit européen supranational.....	264
1. L'impulsion normative des Etats membres	264
a. La contribution normative des Etats membres au sein du Conseil de l'Europe	267
b. La contribution normative des Etats membres au sein de l'Union européenne	274
2. La rédaction des normes européennes orientée par les Etats membres	276
B. L'intervention des Etats membres au stade de l'adoption du droit européen supranational.....	278
§2. La place des ordres juridiques nationaux au stade de la mise en œuvre du droit européen supranational.....	279
A. L'effectivité du droit européen supranational tributaire des systèmes juridiques nationaux.....	279
B. Le recours à la méthode comparative aux fins d'interprétation du droit européen par les juridictions européennes	282
1. La comparaison des droits nationaux dans la jurisprudence de la Cour EDH	282
2. La méthode comparative dans la jurisprudence de la CJUE	289
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	299
CONCLUSION DU TITRE 2.....	301
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	303
SECONDE PARTIE.....	
LA PORTÉE VARIABLE DU RAPPROCHEMENT	307
TITRE 1 :	
LA COORDINATION DES ORDRES JURIDIQUES EUROPÉENS EN DROIT DE LA FAMILLE	309
Chapitre 1.....	
LA COMMUNAUTARISATION FORMELLE	
DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE.....	315
Section 1 : L'extension progressive de la coordination aux matières familiales.....	317
§1. La coordination tardive de la matière familiale	317
A. Une coordination du droit de la famille initialement restreinte.....	317
1. Les raisons de l'exclusion	318
2. L'exception des obligations alimentaires	319

B.	Une coordination du droit de la famille désormais admise	320
1.	Le nouveau contexte juridique.....	320
a.	L'impact de la question familiale sur le bon fonctionnement du Marché	320
b.	Le recul de la diversité des législations	322
2.	La naissance du droit international privé de la famille de l'Union européenne .	323
§2.	La coordination progressive des diverses matières familiales	325
A.	Le morcellement du droit international privé de la famille	326
1.	L'appréhension isolée des matières familiales coordonnées.....	326
2.	Les matières familiales non encore couvertes par la coordination	329
a.	Les difficultés engendrées par l'absence de coordination européenne	329
1°)	Le nom de famille.....	330
2°)	Le mariage.....	330
3°)	La filiation.....	331
4°)	L'adoption	332
b.	L'ouverture d'un débat.....	333
B.	Les inconvénients du morcellement	334
1.	Le risque d'incohérence et d'éclatement des procédures	334
2.	Le risque d'insécurité juridique	338
Section 2 :	La communautarisation progressive des techniques de coordination	341
§1.	Une communautarisation initialement limitée aux règles de conflit de juridictions.....	341
A.	L'absence initiale de règles de conflit de lois	341
B.	Les tentatives d'explications.....	344
§2.	Une communautarisation étendue aux règles de conflit de lois	346
A.	Les arguments en faveur de l'introduction de règles de conflit de lois	347
1.	Un facteur de sécurité juridique.....	347
2.	Un moyen juridique de lutte contre le <i>forum shopping</i>	349
B.	L'intégration désormais systématique de règles de conflit de lois	351
1.	L'introduction simultanée des diverses règles de conflit.....	351
2.	L'obstacle de l'unanimité	352
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	355
Chapitre 2	
LA COMMUNAUTARISATION MATÉRIELLE	
DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE	357
Section 1 :	Le choix des règles influencé par les objectifs de l'Union européenne	359

§1. Le choix de critères servant le principe de non-discrimination.....	359
A. La préférence accordée au principe de proximité	360
1. Le choix principal du critère de la résidence habituelle.....	360
2. La commodité du critère de la résidence habituelle.....	362
3. L'absence de définition de la résidence habituelle	363
B. L'hostilité manifestée à l'égard du principe de souveraineté	365
§2. Le choix de règles favorisant la libre circulation des personnes	367
A. La consécration du principe d'autonomie	368
B. La promotion de l'efficacité des jugements étrangers	373
1. L'assouplissement des procédures de réception des jugements étrangers	374
a. La reconnaissance des décisions étrangères facilitée	374
1°) L'automaticité de la reconnaissance des décisions étrangères.....	374
2°) La limitation des motifs de non reconnaissance des décisions étrangères... ..	376
b. L'exécution des décisions étrangères accélérée	380
1°) La suppression progressive de la procédure d'exequatur	381
2°) L'harmonisation des procédures familiales	384
2. Le renforcement de la confiance mutuelle entre acteurs de la justice familiale	385
a. La coordination des acteurs de la justice familiale.....	386
b. La coopération des acteurs encouragée par l'Union européenne.....	387
Section 2 : Les objectifs matériels poursuivis.....	391
§1. Les règles visant à protéger une partie	391
A. Des règles favorisant le créancier d'aliment	391
B. Des règles fondées sur l'intérêt supérieur de l'enfant.....	393
§2. Les règles favorisant une institution.....	396
A. La favor divortii dans le règlement « Bruxelles II Bis ».....	397
B. La favor divortii dans le règlement (UE) n° 1259/2010	399
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	403
CONCLUSION DU TITRE 1	405
TITRE 2 :	
L'HARMONISATION DES ORDRES JURIDIQUES EUROPÉENS EN DROIT DE LA FAMILLE	407
Chapitre 1 :.....	
L'INDIVIDUALISME DU DROIT DE LA FAMILLE.....	
EUROPÉEN CONTEMPORAIN	413
Section 1 : La libéralisation des relations de couple	415

§1. La promotion de l'égalité entre l'homme et la femme au sein du couple	416
A. La répartition équilibrée des rôles conjugaux	417
B. La répartition équilibrée des rôles parentaux	419
1. Le rééquilibrage au profit de la mère	419
2. Le rééquilibrage au profit du père	421
§2. La privatisation des relations de couple	425
A. La promotion de la volonté	426
1. La promotion de la volonté pendant la vie du couple.....	426
2. La promotion de la volonté lors de la rupture du couple	428
a. L'autonomie de la volonté et le principe de la rupture.....	428
b. L'autonomie de la volonté et les effets de la rupture	432
B. L'affaiblissement de l'ordre public familial de direction	434
Section 2 : L'apparition d'un droit de la famille pédocentrique	437
§1. La promotion de l'intérêt de l'enfant	437
A. Le droit de la famille centré sur l'intérêt de l'enfant.....	438
B. Le renforcement des droits de l'enfant.....	442
§2. La promotion de la volonté de l'enfant	445
A. La participation de l'enfant aux décisions familiales.....	445
B. La participation de l'enfant aux décisions judiciaires.....	446
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	449
Chapitre 2.....	
LE PLURALISME DU DROIT DE LA FAMILLE.....	
EUROPÉEN CONTEMPORAIN	451
Section 1 : La reconnaissance juridique grandissante de la famille homosexuelle.....	453
§1. La reconnaissance juridique de l'homoconjugalité	453
A. L'institutionnalisation de l'homoconjugalité	453
B. L'assimilation aux couples hétérosexuels mariés	457
1. L'assimilation instantanée	458
2. L'assimilation graduelle	458
a. En Allemagne	459
b. En France	460
§2. La reconnaissance juridique de l'homoparenté et de l'homoparentalité.....	463
Section 2 : La reconnaissance juridique grandissante des familles recomposées	469
§1. La prise en compte du rôle du beau-parent au sein de la famille recomposée.....	470

A. L'association du beau-parent à l'éducation de l'enfant.....	471
B. Le maintien des liens affectifs entre l'enfant et le beau-parent.....	475
§2. L'absence de statut global propre aux familles recomposées.....	477
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	481
CONCLUSION DU TITRE 2.....	483
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	485
Conclusion générale.....	487
BIBLIOGRAPHIE.....	491
INDEX.....	581
TABLE DES MATIÈRES.....	589

En Europe, la tendance est au rapprochement des droits nationaux de la famille. Cette matière n'échappe pas au phénomène de l'éclatement des sources. Le droit du Conseil de l'Europe, de l'Union européenne et le droit comparé interfèrent de plus en plus dans le processus interne de production du droit de la famille. Le rapprochement du fond du droit de la famille procède avant tout d'un rapprochement des sources. Les relations qu'entretiennent les divers ordres juridiques européens, qu'ils soient nationaux ou supranationaux, ne se réduisent pas à un rapport hiérarchique ou horizontal. Elles sont en effet beaucoup plus complexes et reposent sur le dialogue, c'est-à-dire sur des échanges et des influences réciproques. Les dialogues des divers ordres juridiques européens favorisent la convergence des droits nationaux de la famille. La circulation intra-européenne des familles et la fondamentalisation du droit expliquent un tel rapprochement. Ce dernier intervient néanmoins dans le respect de la diversité des droits puisqu'il s'opère soit par la voie de la coordination, c'est-à-dire l'uniformisation additionnelle du droit international privé de la famille, soit par le moyen de l'harmonisation autour des principes fondamentaux de liberté et d'égalité.