

# Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen

par

**PATRICK KINSCH**

Avocat

Professeur à l'Université du Luxembourg

**1.** Ce qu'est le droit, ou le droit international privé, *national* est clair : il s'agit du droit « autonome » de chaque État, indépendant des sources internationales de normativité. En revanche, la notion de droit *européen* est ambiguë : elle peut désigner soit le droit de l'Union européenne, soit le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, soit même les deux. Pour les besoins de la présente contribution, et par respect de la répartition des matières choisie par les organisateurs, je prendrai l'adjectif « européen » au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, et laisserai à deux autres orateurs le privilège de parler du droit de cette « organisation régionale d'intégration économique » qu'est, selon la terminologie de la Conférence de La Haye de droit international privé, l'Union européenne. Ce seront eux auxquels il appartiendra de traiter de l'incidence des buts poursuivis par cette Union, fondée sur une idée d'intégration fédérale qui ose de moins en moins dire son nom, du concept de citoyenneté européenne et de l'idée (ou du mythe) de la confiance mutuelle entre États membres. Toutefois, à une époque d'eupéanisation rapide des normes de droit international privé<sup>(1)</sup>, il me sera impossible de faire abstraction des règlements européens en matière de conflits de

---

(1) Eupéanisation qui est jusqu'à présent, on ne le souligne peut-être pas assez dans les milieux académiques qui se consacrent à des tentatives d'eupéanisation des matières de droit matériel (droit des contrats, de la responsabilité civile, de la famille, voire Code civil européen), la seule *success story* dans l'eupéanisation effective, par voie législative, d'une branche du droit privé...

lois ; on ne peut pas vraiment parler du droit international privé de la famille sans mentionner le règlement Rome III (2), le règlement « Successions » (3) et les règlements jumeaux du 24 juin 2016 qui réglementent le droit international privé des régimes matrimoniaux et des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (4).

2. Un droit international privé de la famille fondé sur l'autonomie de la volonté s'oppose au modèle classique du droit international privé de la famille. Il est sans véritable précédent en Europe. Certes, dans la tradition française, les régimes matrimoniaux sont, depuis l'époque de Dumoulin, régis par la loi – en principe librement – choisie par les époux conformément à, ou par analogie avec, la règle applicable aux contrats (5) ; mais la matière est très fortement patrimonialisée et à ce titre atypique. Quant à la *professio juris* du haut Moyen Âge – époque de la personnalité des lois qui vit certaines parties à des actes juridiques, y compris en matière de droit de la famille, choisir entre les lois de leurs différents ancêtres –, il n'est pas certain qu'elle relevait de l'autonomie de la volonté (6) et, dans la mesure où elle en relevait vraiment, il semble clair que les enseignements actuels de cette époque reculée ne peuvent guère avoir que le caractère d'une métaphore amusante (7). Dans les sociétés multiculturelles du Proche-Orient en revanche, et tout particulièrement au Liban (un État qui essaie d'organiser la coexistence des différentes communautés, sans

(2) Règl. (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, *JOUE*, L 343 de 2010.

(3) Règl. (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, *JOUE*, L 201 de 2012.

(4) Règl. (UE) n° 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, *JOUE*, L 183 de 2016. Règl. (UE) n° 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, *JOUE*, L 183 de 2016.

(5) G. DROZ, « Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé », in *Recueil des cours*, vol. 143, 1974, pp. 9 et s. ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2006, pp. 130 et s.

(6) Voy. les recherches historiques, qui restent inégales, de K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus*, vol. 1, *Die Geltung der Stammesrechte in Italien*, Munich, J. Schweitzer, 1901, spéc. pp. 147 et s.

(7) J. BASEDOW, *The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, Leyde, Brill Nijhoff, 2015, semble être d'un autre avis ; il estime (n° 440) qu'il existe des parallèles sociologiques entre l'Europe du Moyen Âge et celle du XXI<sup>e</sup> siècle, les deux se caractérisant « *by a multicultural composition, by the coexistence of ethnic and cultural minorities in many countries alongside the dominant ethnic and cultural groups* ».

donner à l'une d'elles un caractère hégémonique), l'option de législation en matière familiale correspond à une tradition qui reste actuelle (8).

3. À l'époque du droit international privé classique en Europe, du XIX<sup>e</sup> siècle à la deuxième moitié du XX<sup>e</sup>, tout était simple : les modèles familiaux de droit interne étaient tout naturellement conservateurs (9), et l'approche du droit international privé les suivait en cela, « comme l'ombre suit le corps », selon le mot programmatique de Bartin. Même un libéral comme Mancini, qui avait fait de l'autonomie de la volonté un principe du droit des conflits de lois en matière contractuelle, au motif que « l'action du pouvoir social s'arrête là où elle rencontre la *liberté inoffensive* et dès lors *légitime* des particuliers », excluait toute autonomie de la volonté en droit de la famille : « Personne ne peut renoncer à l'état et aux rapports de famille qui lui sont attribués par la loi de sa patrie [...] ces conditions sont comme le miroir qui reflète sa nationalité même » (10). Et toute tentative d'optimisation de la situation de famille des individus, par choix entre les régimes offerts par différents ordres juridiques, était sévèrement réprimée : il suffit de penser au sort judiciaire réservé à la princesse de Bauffremont, cette première grande « optimisatrice » du droit international privé de la famille dont le divorce, organisé par emploi d'une grande liberté créative dans la mise en œuvre des règles de conflit de lois, fut condamné à l'époque pour fraude à la loi (11).

4. En somme, le modèle familial était fondé, tant en droit interne qu'en droit international privé, sur l'autorité de la loi, et le droit assumait sans hésitation un rôle paternaliste.

5. Nous ne vivons plus à cette époque-là, mais dans une époque qu'on peut appeler l'âge du *libéralisme avancé* en droit (international privé) de la famille. Ce libéralisme se fonde sur plusieurs idées. En premier lieu, le droit interne se libéralise, et le droit international privé suit en cela le modèle du droit interne. En deuxième lieu et sans doute plus significativement, le droit international privé a pris un tournant libéral ou néolibéral

(8) P. GANNAGÉ, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. crit. DIP*, 1992, pp. 425 et s, spéc. pp. 433-439.

(9) Cf. J. BASEDOW, *The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, *op. cit.*, n° 405, qui rappelle à cet égard l'épisode de la restauration (dans les mœurs et en droit, spécialement en jurisprudence) du modèle familial conservateur dans l'Allemagne après la Seconde Guerre mondiale.

(10) « De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *JDI*, 1874, pp. 292 et 294.

(11) *Civ.*, 18 mars 1878, *DP*, 1878, 1, 201 ; *GA*, n° 6.

qui lui est propre, tout en dépendant bien entendu (il ne faut pas croire trop facilement dans la dynamique propre des branches scientifiques en matière de sciences sociales) de l'évolution de la société. En troisième lieu, il y a l'influence libéralisatrice du droit européen sous ses deux espèces, le droit de l'Union et le droit de la Convention.

6. La répartition des tâches entre orateurs fait que je ne traiterai – à côté du droit national – pas de l'incidence des libertés fondamentales de circulation telles qu'elles sont organisées par le droit de l'Union européenne, mais seulement du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Je le ferai selon un plan très simple : droit national – y compris les règlements européens en matière de droit international privé – d'abord, Convention européenne ensuite. Ce plan a sa logique : selon mon analyse (qui n'est certes pas unanimement partagée), la Convention européenne n'est pas un instrument dont l'application aux conflits de lois ou de juridictions découlerait de l'idée d'autonomie de la volonté. C'est donc un corps étranger, qu'il ne s'agit pas de mêler à un droit interne ou à un droit de l'Union européenne en voie de libéralisation par adoption de l'idée d'autonomie. C'est ce que j'essayerai de démontrer.

## SECTION 1. UN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE EN VOIE DE LIBÉRALISATION

7. Le fondement de l'autonomie de la volonté en droit international privé est double ; selon le fondement choisi à l'intérieur de cette alternative, l'autonomie est plus ou moins complète, si bien que le choix entre les fondements est particulièrement important. Cela est vrai à propos de l'autonomie de la volonté en matière familiale – conquête récente de l'autonomie de la volonté – comme à propos de l'admission, beaucoup plus classique, de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle.

8. Même en matière contractuelle, il y a eu, de tout temps, deux explications différentes de la faculté ouverte aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat. Il y avait l'opinion autrefois influente selon laquelle l'autonomie de la volonté n'était qu'une solution de dépannage (une *Verlegenheitslösung* selon Gerhard Kegel (12)), adoptée uniquement parce qu'il n'existe pas de meilleure solution permettant de choisir de manière prévi-

(12) G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9<sup>e</sup> éd., Munich, C.H. Beck, 2004, p. 653.

sible d'avance, et donc de planifier, la loi applicable au contrat. Dans une terminologie un peu ancienne, batiffolienne, il s'agissait de la conception objectiviste de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle (13). Son ressort idéologique était le maintien du principe de l'autorité de la loi.

9. À côté de cette explication existait dès le XIX<sup>e</sup> siècle – libéral en matière économique, quoique conservateur en matière sociétale – une version « subjectiviste », basée sur l'autonomie des individus, qui choisissent eux-mêmes ce qui est bon pour eux. La conséquence logique, réalisée par l'article 3 du règlement Rome I (14), est la possibilité de choisir librement entre les lois de tous les États du monde, sans devoir justifier du caractère raisonnable de ce choix par la preuve d'une proximité particulière du droit choisi et du contrat. La conséquence ultime, qui consisterait à pouvoir choisir librement un droit non étatique (15), ayant de surcroît pour source les activités du secteur privé, ou même un droit créé sur mesure par les parties au contrat, a cependant été récusée par le législateur européen dans le règlement Rome I, au regret de certains auteurs soit ultra-libéraux, soit ultra-confiants dans la supériorité de l'activité contractuelle (ou scientifique) sur l'activité législative.

10. En droit de la famille aussi, la pénétration de l'autonomie de la volonté se fonde sur l'une ou l'autre de ces approches, et aboutit logiquement à des résultats différents.

### A. L'autonomie de la volonté comme expédient : l'option de législation

11. Cette première explication, relative aux cas d'une autonomie encadrée de la volonté, ne doit pas être mal comprise : la référence à un « expédient » (ou à une « solution de dépannage ») n'a rien de péjoratif. Le système d'option de législation est lui-même assez progressiste, car, dans un système *illibéral*, c'est l'autorité qui choisit une règle de conflit rigide,

(13) H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats : Étude de droit international privé comparé*, Paris, Sirey, 1938 ; *id.*, *Droit international privé*, t. II, 7<sup>e</sup> éd. (avec P. LAGARDE), n<sup>os</sup> 570 et s.

(14) Règl. (CE) n<sup>o</sup> 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *JOUE*, L 177 de 2008.

(15) Possibilité ouverte, mais encadrée, par ce texte de droit « souple » que sont les *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*, adoptés par la Conférence de La Haye en 2015 (art. 3 : « Les parties peuvent choisir, comme loi applicable au contrat, des règles de droit généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré, à moins que la loi du for n'en dispose autrement »).

quelle que soit la difficulté d'identifier le centre de gravité de la relation juridique. L'option de législation est le début du libéralisme en droit international privé, puisque l'autorité cède volontairement aux parties le choix entre deux ou plusieurs lois applicables potentielles ; elle ne leur prescrit pas selon quels critères soit se faire ce choix et leur permet donc de le faire en vertu de leurs propres intérêts. Ne reposant pas sur une « localisation », du type que préconisait Batiffol en matière contractuelle, cette règle de conflit est authentiquement libérale.

**12.** Au niveau des propositions doctrinales, on se souvient de la thèse de Jean-Yves Carlier<sup>(16)</sup> selon laquelle il convient de permettre aux immigrés, notamment musulmans, de choisir entre leur droit national et le droit de leur résidence habituelle en Europe, en fonction de leur degré d'intégration voulue dans la société d'accueil. Cette idée court le risque, qu'elle partage avec d'autres idées justes et généreuses, de passer à la trappe dans des temps de raidissement identitaire où l'intégration maximale des immigrés est considérée comme un devoir (ou comme un regret), et qui n'admettent pas de compromis.

**13.** En droit positif, l'option de législation est le système qui a actuellement les faveurs du législateur européen en matière de droit international privé de la famille, y compris dans la définition des règles de conflit dans des matières classiquement peu perméables à l'autonomie de la volonté comme le droit du divorce<sup>(17)</sup> ou des successions<sup>(18)</sup>. La raison de ce choix du législateur est en partie objective et tient à la constatation que les termes de l'option correspondent à des droits « déterminés par le législateur même, qui ont été sélectionnés par celui-ci en raison de leur proximité par rapport à la situation et qui, en principe, ont un titre équivalent à régir le rapport de droit en question »<sup>(19)</sup> ; elle est en partie technique et tient à la difficulté d'unifier les droits des différents

(16) J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

(17) Règl. Rome III, art. 5 : choix entre le droit de la résidence habituelle des époux, celle de la nationalité de l'un d'eux et la loi du for.

(18) Règl. Successions, art. 22 : option ouverte au testateur de déroger à l'applicabilité de la loi de sa résidence habituelle au moment du décès, en faveur de sa loi nationale (ou l'une de ses lois nationales, s'il possède plusieurs nationalités) soit au moment du choix soit au moment du décès. Voy. déjà A. VON OVERBECK, « La *professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé », in *Liber amicorum Baron Louis Frederica*, vol. II, Gand, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, 1965, pp. 1085 et s.

(19) C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes », in *Recueil des cours*, vol. 359, 2013, pp. 285 et s., spéc. p. 413, n° 93, et p. 465, n° 132 ; voy. aussi P. WAUTELET, « Autonomie de la volonté et concurrence réglementaire – le cas des relations familiales internationales », in *Vers un statut européen de la famille*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 313 et s., spéc. p. 140.

États membres qui adhéraient avec une égale conviction, avant l'unification européenne de leurs règles de conflit, soit au rattachement à la nationalité, soit au rattachement à la résidence habituelle ou au domicile. Ces sous-explications relèvent d'une délégation aux particuliers d'un choix que les États membres n'étaient pas en mesure de faire, ensemble, d'autorité (20). Mais à côté, il y a l'idée de flexibilisation, par la reconnaissance d'une plus grande autonomie de la volonté, de ces domaines du droit international privé. Ainsi, la Commission européenne écrit, dans sa proposition de règlement en matière de divorce : « La grande majorité des règles nationales de conflit de lois ne prévoient qu'une seule solution dans une situation donnée. La proposition vise à offrir aux conjoints une plus grande flexibilité en leur permettant de choisir la loi applicable au divorce et à la séparation de corps » (21).

**14.** Le résultat est une forme d'autonomie de la volonté en matière familiale, une autonomie véritable, mais une autonomie limitée et encadrée par la loi. Il y a une autre forme d'autonomie de la volonté, y compris en matière familiale.

## **B. L'autonomie de la volonté comme idéal : l'autonomisation des individus**

**15.** De même que le maintien des règles de conflit rigides a un fondement idéologique (dans la volonté de maintenir le contrôle étatique à travers l'autorité de la loi, dont nous avons vu qu'elle peut être rattachée à une conception conservatrice du droit de la famille), l'autonomisation des individus en a un, qu'il s'agit de présenter avant de s'interroger sur les manifestations en droit positif de cette approche particulière de la justification de l'autonomie de la volonté.

1. Le fondement idéologique : néolibéralisme sociétal et darwinisme normatif

**16.** L'émancipation des individus de la tutelle de lois (celles de leur nationalité ou celles de leur domicile, selon la règle de conflit pertinente)

(20) Cf. J. BASEDOW, *The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, op. cit., n° 383 : « While States will often not be prepared to give up their respective traditional approaches to family law, they might at least agree with shifting the choice-of-law decisions to private parties ».

(21) COM(2006) 399 final.

qui les empêchent de réaliser leurs projets matrimoniaux ou parentaux est le reflet, dans la technique du droit international privé, de deux mouvements de fond.

**17.** D'une part, c'est un reflet de l'évolution du droit interne en faveur de l'individualisme en matière personnelle et familiale (22) ; d'autre part et de manière peut-être plus significative s'agissant des spécificités du droit international privé, c'est un projet qui ne diffère pas fondamentalement de la déréglementation des marchés et des activités économiques ; si le recul du contrôle étatique de l'économie a reçu la désignation de « néolibéralisme économique », le phénomène d'autonomisation des individus dans leurs relations familiales peut être désigné (sans intention de le discréditer) comme « néolibéralisme sociétal ». Chacun est libre d'y adhérer ou de ne pas y adhérer, de même qu'au néolibéralisme économique ; toutes sortes de combinaison d'attitudes à l'égard des deux formes de néolibéralisme sont envisageables. Les deux ont des manifestations essentiellement similaires sur le plan du droit international privé (23) –, et cela inévitablement, car les deux variantes de l'inspiration néolibérale font volontiers appel aux mêmes techniques, par rapport auxquelles il appartient au droit international privé de se positionner : délocalisations suivies de la réimportation des produits (qu'il s'agisse de marchandises ou de statuts personnels), choix entre les normes de différents ordres juridiques formant un marché global des normes, mise en compétition des États et survie des systèmes normatifs les plus aptes à satisfaire la demande globale. Pour les partisans les plus résolus du néolibéralisme sociétal, il convient de partir de l'idée que les individus, guidés par un « choix rationnel », sont mieux placés pour savoir ce qui convient pour eux que l'État auquel ils se rattachent, et aussi que ces choix individuels finiront par amener les États à modifier leurs lois. Cette logique est celle du « darwinisme normatif » (24).

(22) C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes », *op. cit.*, pp. 398 et s. H. GAUDEMET-TALLON, « Individualisme et mondialisation : Aspects de droit international privé de la famille », in *Mélanges Hans van Loon*, Cambridge/Anvers, Intersentia, pp. 181 et s.

(23) P. KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », in *Mélanges Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 377 et s.

(24) Elle est clairement exprimée dans l'ouvrage d'E. O'HARA et L. RIBSTEIN, *The Law Market*, New York, OUP, 2009. En revanche le livre de J. BASEDOW, *The Law of Open Societies*, *op. cit.*, comporte une cinquantaine de pages (pp. 230-274) sur ces *new domains for party autonomy* que sont le droit de la famille et le droit des successions ; mais cet exposé lucide et bien documenté présente une vision ordolibérale, à l'allemande, plutôt qu'une vision libertaire, à l'américaine. Cf. aussi P. WAUTELET, « Autonomie de la volonté et concurrence régulatoire – le cas des relations familiales internationales », *op. cit.*, pp. 140 et s., qui conclut au défaut de preuve empirique de l'existence d'un phénomène d'adaptation de l'offre législative à la demande des individus internationalement mobiles.



**18.** De même que les États peuvent être plus ou moins protectionnistes sur le plan économique, de même ils peuvent être plus ou moins ouverts à l'égard des solutions néolibérales sur le plan du droit familial. Le programme néolibéral n'est pleinement réalisé nulle part en droit de la famille. Mais nous nous en approchons par petites touches ; la canalisation de ces tendances est une tâche importante pour le droit international privé du futur.

## 2. Manifestations en droit positif

**19.** Un programme véritablement néolibéral ne se contente pas d'une option de législation encadrée. Il se réalise soit à travers des règles de conflit permettant un libre choix de la loi applicable, soit à travers cette forme indirecte de l'autonomie de la volonté qu'est la reconnaissance de situations acquises à l'étranger sans contrôle par rapport à la règle de conflit du for de la reconnaissance.

**20.** Le choix de loi illimité n'existe pas en droit positif européen (y compris dans le règlement (UE) n° 2016/1103 en matière de régimes matrimoniaux, qui n'admet qu'une option de législation entre les lois de la ou des résidences habituelles des époux et celles de leurs nationalités). Il faut se référer à des opinions doctrinales pour trouver la proposition d'une réforme du règlement Rome III, inspirée de la loi chinoise sur le droit international privé en tant qu'elle permet le choix illimité de la loi applicable au divorce par consentement mutuel, règle qui pourrait utilement être étendue aux autres formes de divorce<sup>(25)</sup>, ou du règlement Successions, pour permettre le libre choix de la loi applicable à la future succession du testateur : ceci se justifierait par les nécessités d'un véritable *estate planning* et tiendrait compte de ce que « le testateur dispose d'un savoir supérieur et est mieux en mesure que l'État quand il s'agit de prédire des relations juridiques futures ayant trait à son héritage » ; le risque d'une atteinte délibérée à la réserve héréditaire, prévue par la loi applicable en l'absence de choix, ne devrait pas être surestimé quant à sa gravité (l'héritage n'est pas dû en raison des mérites de l'héritier) et au besoin l'ordre public du for pourrait réagir à ce risque, s'il s'est réalisé et à condition que la succession entretienne des liens de proximité intenses avec le for<sup>(26)</sup>.

(25) J. BASEDOW, *The Law of Open Societies*, op. cit., n° 410. Selon l'auteur, « *the protection of the weaker spouse from surprising – and detrimental – clauses in marital agreements should be effected not by a limitation of the array of eligible laws, but by provisions ensuring the informed and authentic consent of the parties* ».

(26) *Ibid.*, n°s 430-432.

**21.** En droit positif, c'est l'utilisation, là où elle est admise, de la méthode de la reconnaissance sans contrôle de la loi appliquée qui permet indirectement(27) le libre choix de la loi applicable à une relation familiale. Un seul exemple – il y en d'autres, évidemment – : la reconnaissance internationale des divorces, sans contrôle de la loi appliquée et avec interdiction de procéder à un contrôle de l'existence de la compétence du juge étranger(28), était couramment utilisée par des citoyens italiens afin de pouvoir obtenir, *de facto*, un *divorzio breve* (et souvent moins coûteux qu'un divorce italien) des juridictions d'autres États membres avant sa récente introduction en droit italien(29).

**22.** La référence à la méthode de la reconnaissance permet une transition vers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ; mais c'est une transition purement formelle, car, comme nous le verrons, cette jurisprudence ne repose certainement pas sur une version extrême de l'autonomie de la volonté. À la vérité, elle ne repose pas sur l'autonomie de la volonté du tout.

## SECTION 2. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME EN MATIÈRE DE DROIT FAMILIAL INTERNATIONAL, UNE JURISPRUDENCE FONDÉE SUR LA PROMOTION DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ ?

**23.** La Convention européenne des droits de l'homme met en œuvre une philosophie libérale – en raison de l'origine même des droits de l'homme –, mais il ne s'ensuit pas que la Convention reposerait sur le néolibéralisme sociétal. Il est sans doute utile de dédramatiser quelque peu la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui n'est pas une juridiction qui bouleverserait l'intégralité du droit privé en lui substituant un culte des « droits à ».

(27) Selon l'observation de W. WENGLER, qui était hostile à cette forme d'autonomie de la volonté indirecte (et sceptique à l'égard de l'autonomie de la volonté tout court, même en matière contractuelle) : « The General Principles of Private International Law », *Recueil des cours*, vol. 104 (1961), spéc. pp. 443 et s. ; en matière de divorce, *id.*, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Berlin, Walter de Gruyter, 1981, p. 396.

(28) Art. 24 et 25 du Règl. 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 Règl. n° 1347/2000, *JOUE*, L 338 de 2003 (Bruxelles IIbis).

(29) Cf. K. SIEHR, « *Fraude à la Loi and European Private International Law* », in *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Lund, Juristförlaget i Lund, 2013, pp. 521 et s., spéc. p. 534.

**24.** En premier lieu la Cour reconnaît aux États contractants *le droit d'avoir des règles de conflit rigides, non fondées sur l'autonomie de la volonté*. Ce respect des systèmes nationaux de droit international privé s'est manifesté dans la décision *Ammjadi c. Allemagne* (30), qui a validé l'application par les autorités allemandes du traité d'établissement entre l'Allemagne et l'Empire de Perse du 17 février 1929, en vertu duquel en matière personnelle, familiale et successorale, la loi de la nationalité commune des parties est obligatoirement applicable. Il s'est encore manifesté dans l'arrêt *Harroudj c. France* (31), qui valide l'application en France de la loi nationale de l'enfant à son adoptabilité, y compris en tant qu'elle peut interdire l'adoption d'un enfant algérien recueilli sous le régime de la *kafala*.

**25.** En second lieu, la jurisprudence européenne impose certes dans certains cas des *solutions de reconnaissance de situations* à l'encontre des règles restrictives du droit international privé national. Mais cette reconnaissance obligatoire ne paraît pas animée du souci d'autonomiser les individus par rapport au droit applicable en vertu des règles de conflit du for. Il n'a jamais suffi qu'un individu ait acquis un statut familial à l'étranger pour rendre la reconnaissance de celui-ci obligatoire. Chaque fois, s'y est ajouté un élément supplémentaire dont la présence explique la solution.

**26.** Deux thèses s'affrontent sur le fondement ultime de cette jurisprudence (32).

### A. Première thèse

**27.** Selon une première thèse, l'obligation de reconnaître le statut juridique obtenu à l'étranger se fonde sur la protection de la confiance légitime des requérants.

**28.** Cette première thèse – qui me semble fondée – fait apparaître la jurisprudence de la Cour comme une jurisprudence inspirée d'un esprit d'équilibre et de compromis : elle ne reconnaît pas aux États la possibilité d'opposer, dans tous les cas, les conditions restrictives prévues par leur droit international privé à l'égard des situations constituées à l'étranger,

(30) Déc. du 9 mars 2010, n° 51625/08.

(31) Arrêt du 4 octobre 2012, n° 43631/09, *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 146, note S. CORNELOUP.

(32) Une première version de l'analyse qui suit apparaît dans ma contribution aux *Mélanges Dean Spielmann* (J. CASADEVALL *et al.* dir.), Oisterwijk, Wolf Publ., 2015, pp. 273 et s.

mais elle ne proclame pas non plus la possibilité, sans restriction, pour les particuliers d'obtenir à l'étranger un statut juridique qui leur est refusé par le droit de l'État de leur nationalité ou de leur résidence, et de le faire reconnaître ensuite dans ce dernier État. Selon cette première thèse, même si, par ailleurs, les relations entre les requérants peuvent se voir reconnaître le statut d'une « vie familiale » *de facto*, la reconnaissance spécifique du statut juridique obtenu à l'étranger présuppose que ce statut ait été acquis de bonne foi et dans une situation de confiance légitime dans sa permanence.

**29.** L'arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*(33) a ainsi constaté l'existence d'une obligation pour le Luxembourg de reconnaître l'adoption plénière de la requérante J.M.W.L. par M<sup>me</sup> Wagner au regard des circonstances de fait qui avaient entouré la procédure d'adoption au Pérou : M<sup>me</sup> Wagner s'était fiée à la pratique, alors existante, des officiers d'état civil luxembourgeois d'accepter la transcription automatique des jugements d'adoption étrangers, sans contrôle par rapport aux conditions formulées par le droit international privé luxembourgeois. Ayant adopté J.M.W.L., puis l'ayant emmenée au Luxembourg, elle s'était heurtée à une modification soudaine de la pratique administrative. Pourtant, comme le constate la Cour : « Une fois au Luxembourg, les requérantes pouvaient légitimement s'attendre à ce que l'officier d'état civil procédât à la transcription du jugement péruvien »(34).

**30.** De même, dans l'affaire *Négrépontis-Giannisis c. Grèce*(35), la non-reconnaissance en Grèce de l'adoption du requérant prononcée par un tribunal américain était de nature à porter atteinte à la confiance légitime du requérant, le fils adoptif, dans la validité de l'adoption. Le requérant avait été adopté par son oncle, un moine grec et évêque de l'Église orthodoxe à Detroit, dans des circonstances qui faisaient ressortir le caractère réel et substantiel des liens entre cette adoption et les États-Unis d'Amérique : le père adoptif était de nationalité grecque, mais résident permanent aux États-Unis – de même que son neveu majeur résidait aux États-Unis depuis trois ans pour ses études universitaires. Ce ne fut qu'à la fin de ses études que le neveu et fils adoptif rentra en Grèce ; la relation de filiation adoptive fut maintenue pendant quatorze ans, jusqu'au décès de

(33) Arrêt du 28 juin 2007, n° 76240/01, *D.*, 2007, p. 2700, note F. MARCHADIER ; *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 807, et la note ; *JDI*, 2008, p. 183, note L. D'AVOUT.

(34) § 130 de l'arrêt.

(35) Arrêt du 3 mai 2011, n° 56759/08, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 889 ; *JDI*, 2012, p. 213, note A. DIONISI-PEYRUSSE.

l'oncle. On peut certes admettre que l'oncle devait être conscient du fait que l'adoption lui était interdite par le droit de l'Église orthodoxe grecque, mais il n'y a pas de raison de penser que son neveu aurait dû savoir qu'une vingtaine d'années plus tard, la Cour de cassation grecque allait décider, dans un litige sur la succession de l'oncle, que cette interdiction du droit ecclésiastique valait également pour le droit civil et faisait partie de l'ordre public au sens du droit international privé grec :

« la Cour relève que l'adoption litigieuse a eu lieu en 1984, alors que le requérant avait atteint l'âge adulte et qu'elle a duré vingt-quatre ans avant que la Cour de cassation n'y mette un terme par ses arrêts. Les parties n'ont par ailleurs fourni aucun élément tendant à démontrer que la réalité des liens entre le requérant et son père adoptif ait été mise en cause avant que la question de la succession ne se pose » (36).

**31.** Dans la décision, brièvement motivée, *Green et Farhat c. Malte* (37), la Cour était saisie d'une situation dans laquelle une citoyenne maltaise, qui avait épousé son premier mari à Malte conformément au rite catholique, s'expatria en Libye, s'y convertit à l'Islam (ce qui entraînait automatiquement, au regard de la loi libyenne, la dissolution de son mariage, une convertie ne pouvant rester liée à un non-musulman) et épousa, avec l'autorisation d'une juridiction locale, son deuxième mari, avec lequel elle resta pendant près de 20 ans en Libye où les époux étaient considérés comme valablement mariés. Vingt ans après, lors de son retour à Malte accompagné de son deuxième mari, elle échoua à obtenir l'enregistrement de son mariage libyen à Malte : les juridictions maltaises décidèrent qu'il n'était pas prouvé que le premier mariage de M<sup>me</sup> Green était réellement dissous et qu'en conséquence, le deuxième mariage semblait polygamique. La décision de la Cour rejette la requête comme manifestement mal fondée : la prise en considération, par les juridictions maltaises, des intérêts de la communauté nationale au maintien du principe de la monogamie et de ceux du premier mari de la requérante restait à l'intérieur de la marge d'appréciation des autorités nationales. Les circonstances de fait

(36) § 75 de l'arrêt. Voy. égal. le § 72 : « La Cour note que ces règles [celles qui s'opposaient, selon la Cour de cassation grecque, à la reconnaissance de l'adoption] sont toutes de nature ecclésiastique et datent des septième et neuvième siècles. La formation plénière de la Cour de cassation a fait application de ces règles, alors que l'article 3 de la loi 1250/1982 abrogeant l'article 1364 de l'ancien Code civil grec qui interdisait aux moines de se marier, autorise désormais de manière expresse leur droit au mariage. Dans les travaux préparatoires de cette loi, il était mentionné que certains empêchements au mariage, dont l'interdiction du mariage de moines, ne poursuivaient aucune nécessité sociale et ne pouvaient s'appliquer dans l'ordre juridique. La Cour note, en outre, qu'en l'espèce l'adoption est intervenue postérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi ».

(37) Déc. du 6 juillet 2010, n° 38797/07, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 665, note L. d'AVOUT.

de l'affaire *Green et Farhat c. Malte* intriguent, mais la décision est trop sommairement motivée pour permettre de dire si M<sup>me</sup> Green et son mari libyen étaient conscients, au moment de la conclusion de leur mariage, de ce que celui-ci ne serait pas reconnu à Malte, ni ne permet de juger si la Cour aurait été disposée à admettre que la très longue durée de la vie familiale en Libye était de nature à engendrer, à elle seule, une confiance légitime dans le chef de la requérante et de son second mari. En tout cas, il a été jugé qu'à supposer même qu'il y a ait eu ingérence dans la vie privée et familiale des requérants, les raisons d'ordre public invoquées par les autorités maltaises étaient suffisamment graves pour relever de la marge nationale d'appréciation.

**32.** Viennent enfin les affaires de gestation pour autrui. Les affaires *Menesson c. France* et *Labassée c. France* (38) étaient caractérisées par la non-reconnaissance en France du lien de filiation, documenté par des actes de naissance judiciaires américains, entre les enfants nés d'une mère porteuse et leurs parents d'intention français, le père d'intention étant également leur père biologique. La Cour y était confrontée à une situation où, selon ses constatations, les parents d'intention ne pouvaient ignorer « qu'il y avait au moins un risque sérieux » de non-reconnaissance en France de la filiation qui résulterait de la mise en œuvre de la convention de gestation pour autrui aux États-Unis (39). Ce fait est de nature à montrer que la confiance légitime dans la reconnaissance de la filiation en France n'existait pas en ce qui concernait les parents d'intention (40). Dans les deux arrêts de la Cour, une violation de la Convention ne fut constatée qu'à l'égard des enfants dont la filiation paternelle, conforme à la réalité biologique, n'était pas reconnue, violant ainsi leur droit à leur identité (art. 8 de la Conv., au titre de la « vie privée ») : or les enfants nouveau-nés n'avaient évidemment pas contribué aux circonstances de leur gestation, et la stabilité de leur situation familiale est pour eux une nécessité primaire, pouvant remplacer la « confiance légitime » qui ne peut pas exister dans leur chef. Cette solution a été reprise dans l'affaire *Foulon et Bouvet c. France* (41), à propos de la non-reconnaissance pour « fraude à la loi » (nouvelle motivation avancée par la Cour de cassation

(38) Arrêts du 26 juin 2014, n° 65192/11 et 65041/11, *D.*, 2014, 1797, note F. CHENÉDÉ et 1806, note L. D'AVOUT, art. par H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON p. 1771 ; *JDI*, 2014, 1265, note J. GUILLAUMÉ.

(39) Arrêt *Menesson c. France*, § 58, dans le contexte de la vérification du caractère « prévu par la loi » de l'ingérence.

(40) Cf. en ce sens J. GUILLAUMÉ, note sous l'arrêt *Menesson* au *JDI*, 2014, p. 1273.

(41) Arrêt du 21 juillet 2016, n°s 9063/14 et 10410/14.

française) d'une gestation pour autrui en Inde. Là où, en revanche, un enfant était né par gestation pour autrui en Russie et avait été confié à des parents d'intention italiens sans lien biologique avec lui, la non-reconnaissance du certificat de naissance par les autorités italiennes, et même la séparation de l'enfant de ses parents d'intention sur ordre d'un tribunal italien, ont été reconnus légitimes par un arrêt de la Grande Chambre de la Cour : « accepter de laisser l'enfant avec les requérants, peut-être dans l'optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien »(42). La jurisprudence en matière de gestation pour autrui n'est par conséquent pas une jurisprudence qui favorise l'optimisation des situations familiales par le recours aux solutions offertes par des ordres juridiques étrangers ; au contraire, elle protège dans la mesure du raisonnable « l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein » comme l'exprime l'arrêt *Menesson* (43), c'est-à-dire l'autorité de la loi.

**33.** La thèse selon laquelle l'obligation de reconnaître le statut juridique obtenu à l'étranger se base sur la protection de la confiance légitime, ou de ce qui en tient lieu dans le cas des enfants, reste donc conforme à la jurisprudence de la Cour. D'une manière générale, sans confiance légitime dans la stabilité de l'aspect pertinent de la vie familiale, l'application du droit à la protection de la vie familiale n'a évidemment pas beaucoup de sens(44).

(42) Arrêt (gr. ch.) du 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12, § 215. La principale différence de cette affaire et de l'affaire *Menesson* tient au fait, relevé par la Cour au § 195 de l'arrêt, que « contrairement à la situation dans l'arrêt *Menesson* [...], la question de l'identité de l'enfant et de la reconnaissance de sa filiation génétique ne se pose pas en l'espèce puisque, d'une part, un éventuel refus par l'État de donner une identité à l'enfant ne peut être contesté par les requérants, qui ne représentent pas celui-ci devant la Cour et, d'autre part, il n'existe aucun lien biologique entre l'enfant et les requérants ».

(43) § 84 (ou le § 63 de l'arrêt *Labassée*).

(44) Dans un arrêt qui n'a pas trait à une affaire transfrontière, mais à une affaire interne à la Roumanie dont les juridictions avaient annulé une adoption trente ans après son prononcé, une violation de l'art. 8 a été constatée au motif que « *where the existence of a family tie has been established the State must in principle act in a manner calculated to enable that tie to be maintained. Splitting up a family is an interference of a very serious order. Such a step must be supported by sufficiently sound and weighty considerations not only in the interests of the child [...] but also in respect of the legal certainty* » : *Zaiet c. Roumanie*, arrêt du 24 mars 2015, n° 44958/05, § 46, mise en évidence ajoutée. La référence à la « sécurité juridique » (*legal certainty*) est liée à la confiance légitime des individus dans la stabilité de leur statut.

## B. Seconde thèse

**34.** Il existe néanmoins également une deuxième thèse sur ce qui serait le véritable fondement de la jurisprudence de la Cour : l'obligation de reconnaître le statut juridique obtenu à l'étranger se fonderait sur l'autonomie personnelle dans le choix de son statut personnel. Cette thèse se heurte à des objections.

**35.** Elle se trouve soutenue dans des appréciations, en général défavorables à la jurisprudence de la Cour, qui soulignent ce que leurs auteurs estiment être la communauté d'inspiration de cette jurisprudence et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de libre circulation des individus, elle-même interprétée dans le sens de la fluidification maximale de la vie personnelle. Le fondement ultime de la jurisprudence serait la liberté laissée aux individus de choisir eux mêmes, entre les lois des différents États, leur propre statut juridique. La jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* apparaît dans cette vision comme un élément de l'autonomisation des individus par rapport aux contraintes qui résultent des lois étatiques ; comme l'a écrit un auteur, « *emancipation's last stage would bring about the personne sans loi* »<sup>(45)</sup>.

**36.** L'analyse que l'on vient d'exposer se heurte toutefois à des objections. La Convention européenne des droits de l'homme ne repose pas sur la préoccupation, centrale au droit de l'Union européenne, de la suppression des entraves à la libre circulation, mais uniquement sur les droits de l'homme garantis par la Convention. Or, si l'on pouvait réellement soutenir que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'obligation de reconnaître les statuts juridiques obtenus à l'étranger repose sur le droit des individus de choisir pour eux-mêmes la loi qui s'appliquera à eux, ceci reviendrait à soutenir que la Convention garantit un droit en principe – et sauf les exceptions figurant au second paragraphe de l'article 8 – illimité à la création de statuts juridiques en matière familiale. Ce droit général à la création du statut juridique choisi par les individus n'est toutefois pas consacré par la Convention ; c'est ainsi que la Cour a jugé que la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un

(45) T. MARZAL YETANO, « The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Private International Law », *J. Priv. Int'l L.*, vol. 6, 2010, n° 155, p. 191, un article polémique et brillant, avec (on l'espère) une forte pointe d'exagération.



droit d'adopter (46) et, s'il est vrai que l'article 12 de la Convention garantit le droit au mariage, la Cour a jugé qu'« en l'état actuel des choses, l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des États contractants » (47). La Convention, et la jurisprudence de la Cour, ne devraient dès lors pas pouvoir être invoqués à l'appui d'un droit au libre choix de son statut personnel. Il faut un élément supplémentaire pour que la jurisprudence de la Cour s'applique : que la non-reconnaissance du statut acquis à l'étranger remette en cause la confiance légitime des requérants dans la stabilité de ce statut.

**37.** C'est ce qui fait apparaître la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme comme un corps étranger dans cette discussion autour des fondements de l'autonomie de la volonté en matière de droit international privé de la famille : en imposant dans certains cas la reconnaissance de situations constituées en dehors des règles de conflit de l'État de la reconnaissance, elle peut certes superficiellement venir apporter un soutien à l'adoption de la méthode de la reconnaissance, qui a des liens indirects avec l'autonomie de la volonté. Mais ses fondements sont autres.

---

(46) *Fretté c. France*, arrêt du 26 février 2002, n° 36515/97, § 32 ; *Harroudj c. France*, préc., § 41. L'arrêt de la Grande Chambre dans l'affaire *E.B. c. France*, du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 46, laisse ouverte « la question de savoir si le droit d'adopter, compte tenu notamment de l'évolution de la législation en Europe et du fait que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles [...], doit ou non entrer dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention pris isolément ».

(47) *Schalk et Kopf c. Autriche*, arrêt du 24 juin 2010, n° 30141/04, § 61.

