

Faculté de droit et de criminologie

**La problématique des situations
boiteuses au sein de l'Union
européenne : quand le contexte
européen fait émerger de nouvelles
méthodes de reconnaissance**

Analyse théorique et empirique

Auteur : Clément Magritte
Promoteur : Marc Fallon

Année académique 2020-2021
Master en droit – Finalité droit européen

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Je remercie avant tout Monsieur Marc Fallon, pour sa disponibilité, ses précieux conseils et son encouragement tout au long de la réalisation du présent mémoire.

Je remercie ensuite les Professeurs Stéphanie Francq, Sylvie Saroléa et Jean-Yves Carlier qui m'ont fait découvrir et apprécié le droit international privé.

Enfin, je remercie Patricia Rees pour sa relecture ainsi que tout mon entourage pour leur soutien.

Introduction

Il est un objectif, finalité classique et fondamentale du droit : garantir la sécurité juridique. Dans ce sens, l'objectif général de la discipline spécifique du droit international privé est bien d'atteindre la sécurité juridique dans les matières privées au sein de la communauté internationale¹.

Cet objectif général permet alors de saisir la nature profonde du droit international privé qui est « *de faire vivre ensemble des systèmes juridiques différents, parce que des relations se nouent entre des personnes, qui par elles-mêmes, leurs biens ou leurs actes, relèvent de systèmes différents* »².

Ce « vivre ensemble » nécessite une coordination, une articulation des systèmes distincts qu'une situation présentant un élément d'extranéité a mis en relation. Des moyens à ces systèmes différents de régir ensemble ces situations mixtes de relations privées internationales : tels sont ce que tend à proposer au mieux le droit international privé. Sa fonction primordiale étant finalement, par l'une ou l'autre méthode, de « *résoudre les apories qui peuvent surgir entre les différents systèmes de droit privé étatiques concernant une situation juridique de droit privé* »³.

En d'autres termes, plus célèbres peut-être, la raison d'être du droit international privé et son évolution sont marquées par une quête continue et persistante de l'harmonie internationale des solutions. Atteindre cette harmonie reviendrait alors à ce qu'un même litige soit tranché par le même droit, quel que soit le pays dans lequel il est discuté devant un juge. Cette application des mêmes règles de droit pour un même litige, peu importe le juge saisi, implique alors que la solution à ce litige soit dotée d'une efficacité universelle ; tenue pour exacte dans l'ensemble de la sphère internationale⁴.

Néanmoins, un tel aboutissement n'est possible que s'il existe une unification profonde des règles de conflits de lois dans l'ensemble de la communauté internationale. Plus encore, il faudrait que ces règles donnent lieu à des applications concrètes semblables ; ce qui est loin d'être certain⁵. Cette unification des règles de conflits de lois n'est pas encore une réalité dans l'état actuel du droit ; l'unification des pratiques l'est donc encore moins. Cette disparité dans les règles de droit international privé dans les différents Etats forme ce qu'il est convenu

¹ L. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 56-61.

² H. BATIFFOL, *Aspect philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956, p.16.

³ R., BARATTA, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *Recueil des cours*, t. 348, 2011, p. 272.

⁴ L. BARNICH, *op. cit.*, Bruylant, 2001, pp. 59-60.

⁵ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 50.

d'appeler en droit international privé : des conflits de systèmes⁶. Par leur nature, ils font de cet objectif d'harmonie internationale des solutions un objectif impossible à atteindre complètement. En effet, la coexistence de systèmes distincts ne peut aboutir à une articulation parfaite et ce « *à raison du lien inéluctable entre la teneur de chaque système et ses règles de conflits* »⁷. Le contexte actuel de globalisation et de mouvement accru des personnes d'un Etat à un autre vient exacerber ces constats.

Si cette réalité est quelque peu relativisée par l'évolution de la dimension européenne du droit international privé, il reste que cette discipline du droit, particulièrement dans les matières familiales, reste ancrée dans le droit national de chaque Etat⁸.

Le pendant de cet objectif de résultats coordonnés, de cette harmonie des solutions, est le souci d'éviter autant que possible d'aboutir à des solutions non-harmonieuses. Une coordination non-harmonieuse, aura alors pour résultat une solution dite boiteuse. La suppression des situations boiteuses est donc l'autre face de la pièce « objectif du droit international privé ». Cette suppression représente en effet, l'autre facette de ce même idéal inatteignable présenté ci-dessus⁹. Nous avons d'un côté l'harmonie des solutions et de l'autre, la bête noire du droit international privé : les situations boiteuses.

Aussi inatteignable soit-elle, cette harmonie des solutions et cette suppression de situations juridiques boiteuses en tant qu'idéal permet néanmoins de maintenir un cap, une ligne directrice dans la construction et la réinvention du droit international privé. Une telle direction permet finalement un droit international privé mouvant, car toujours perfectible.

Le présent mémoire a pour sujet une problématique qui touche donc à l'objectif même du droit international privé : la problématique des situations boiteuses.

Il s'agira dans une première partie d'analyser la problématique de façon théorique. Cette analyse passera dans un premier temps par dessiner les contours de la notion de situation boiteuse passant des généralités à l'explication d'autres concepts clés pour assurer une bonne compréhension (Titre 1). Ensuite, une fois le problème compris, nous nous intéresserons à ses causes. Qu'est-ce qui provoque ce que le droit international privé tend à éviter ? (Titre 2). Après, dans un troisième temps, il s'agira de voir quelles sont les bases, les fondements, sur

⁶*Ibid.*, p. 89.

⁷ H. BATIFFOL, *op. cit.*, p. 213.

⁸ L. BARNICH, « Rappel des méthodes du droit international privé », in *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins : actes du XIV^e colloque de l'association « Famille & Droit » le 20 mai 2015* (BARNICH, L., NUYTS, A., PFEIFF, S., WAUTELET, P. (dir.)), coll. Famille & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 7.

⁹ R., BARATTA, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *Recueil des cours*, t. 348, 2011, p. 273.

lesquels il est possible de s'appuyer pour trouver des solutions (Titre 3). Nous verrons alors que si l'objectif de supprimer les situations boiteuses rentre complètement dans la logique de coordination et d'articulation des systèmes en tant qu'ADN du droit international privé, il est par ailleurs devenu, sous l'influence du contexte européen, un objectif d'aspirations diverses.

La notion comprise, ses causes connues, les notions fondamentales fertiles aux développements de solutions analysées ; la seconde partie aura trait aux solutions. Nous commencerons cette partie par la présentation concise de deux techniques doctrinales anciennes qui semblent avoir laissé des traces (Titre 1). Il s'agira dans un second temps d'analyser plus en détails les solutions jurisprudentielles de la Cour de justice de l'Union européenne d'une part et de la Cour européenne des droits de l'homme d'autre part. (Titre 2). Cette analyse de la réaction de ces deux Cours suprêmes européennes se veut être l'aboutissement du présent mémoire.

Il restera enfin à conclure en mettant en avant ce que le développement de ces nouvelles méthodes peut nous apprendre sur l'évolution du droit international privé mais aussi, plus généralement sur le droit. Il s'agira en outre de pointer les défis qui attendent le droit international privé de la famille dans le futur.

Partie 1 : Aspects théoriques

Titre 1 : Situation boiteuse : Les notions

Section 1 : Généralités

La problématique des situations boiteuses est une problématique classique en droit international privé. Comme nous venons de le voir, elle s'inscrit en fait dans l'objectif d'harmonie des solutions.

Les situations boiteuses, statuts boiteux ou encore rapports boiteux visent les « *situations qui, eu égard à un cercle d'ordres juridiques composé toujours du for et d'un ou plusieurs ordres étrangers, soient admises à produire leurs effets seulement dans l'ordre du for et pas dans les autres, ou vice versa* »¹⁰. Sont dès lors visées, les situations « *existantes et valables dans un ou plusieurs ordres juridiques, mais non pour tous ceux qui sont concernés par la même situation* »¹¹.

En des termes plus généraux, nous pouvons écrire que ce qui caractérise principalement ce type de situation est la carence en efficacité universelle dont souffre le statut en question¹². Cette carence se matérialise en fait dans le refus de la part d'un Etat (Etat d'accueil ou Etat requis) de

¹⁰ P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *Recueil des cours*, t. 197, 1999, p. 123.

¹¹ R. BARATTA, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *Recueil des cours*, t. 348, 2011, p. 273.

¹² S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p.20.

reconnaître ce qui a été valablement établi dans un autre Etat (Etat d'origine).

Nous remarquons immédiatement que la « situation », le « statut » ou le « rapport » qui est boiteux, vise l'état des personnes. C'est la situation ou l'état juridique d'une personne ou ses rapports spécifiques (relations familiales) avec d'autres personnes que la problématique des situations boiteuses vise.

Une situation boiteuse présuppose au moins l'intervention de deux ordres juridiques distincts. L'Etat d'origine est l'Etat dans lequel un élément du statut personnel a été valablement et juridiquement établi (ou modifié). L'Etat d'accueil ou Etat requis est l'Etat qui dans le cadre de notre problématique refusera de reconnaître dans son ordre juridique cette réalité.

Dans le même sens, une situation boiteuse implique que la personne dont un élément de son statut personnel n'est pas reconnu par l'Etat d'accueil ait circulé. Nous imaginons d'emblée eu égard au contexte européen les difficultés de conciliation entre une possible situation boiteuse suite à l'exercice de sa liberté de circulation et la place fondamentale de cette liberté d'autre part. Nous y reviendrons *infra* dans le développement des notions fondamentales qui justifient la recherche de solutions.

Il y a donc une grande diversité potentielle de situations boiteuses puisque chacun des éléments du statut des personnes est susceptible d'être concerné¹³. Nous décidons, dans la lignée de la thèse de S. Pfeiff, de qualifier de boiteux seule la non-reconnaissance d'un élément du statut en tant que tel. N'est donc pas considéré comme boiteux dans le présent mémoire le statut qui, bien que reconnu en tant que tel dans l'Etat d'accueil, ne produit pas les mêmes effets qu'accordait l'Etat d'origine à celui-ci¹⁴.

Nous le voyons bien, la problématique des situations boiteuses fait intervenir plusieurs concepts clés auxquels il apparaît opportun de dessiner les contours. Après s'être intéressés à la notion floue de statut personnel (*section 2*), nous nous attarderons à la notion de reconnaissance (*section 3*).

Section 2 : La notion de statut personnel ou état de la personne

En droit interne, la fonction du statut personnel ou état de la personne est de situer celle-ci, « *de la qualifier, en tant que telle comparativement à autrui, soit dans sa relation à autrui (état dans la cité ou dans la famille)* »¹⁵. Le professeur Jean-Yves Carlier, dans sa thèse, reprend alors la définition de Henry De Page : « *l'état d'une personne est l'ensemble des qualités qui*

¹³ *Ibid.* ; Pour des exemples de situations potentiellement boiteuses voy. S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 649-659.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 35-37.

¹⁵ J.-Y., CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 137, n°130.

déterminent sa situation dans la cité, dans la famille ou comme individu »¹⁶.

Roberto Barrata dans son cours à l'académie de droit international de La Haye, reprend, lui, une tripartition de la condition des personnes¹⁷. La première est liée à l'appartenance d'une personne à un Etat-nation (*status civitatis*) ou, depuis le traité de Maastricht, à l'Union européenne. La seconde condition de la personne est celle liée à sa qualité de membre d'une famille (*status familiae*). La troisième est sa situation d'individu libre (*status libertatis*) qui est le corollaire de l'état d'esclavage. Fort heureusement ce dernier n'est plus concevable dans nos ordres juridiques européens¹⁸.

Toutefois, en droit international privé les termes « statut personnel » sont beaucoup plus fréquemment utilisés qu'en droit interne et ne visent pas pour autant la même chose. En effet, il arrive d'abord que le statut personnel vise un ensemble de qualités juridiques de la personne, pour lequel la loi applicable doit être déterminée. Ensuite le statut personnel peut aussi désigner la loi (*Statutum*) qui régit la personne quant à cet ensemble de qualités juridiques¹⁹.

La notion de statut personnel fait l'objet d'interprétations différentes selon les ordres juridiques et les contextes dans lesquels elle est appréhendée. La notion ne manque donc pas d'ambiguïté. Cette élasticité amène à la conclusion « *qu'une détermination uniforme du contenu de la notion de statut personnel est vouée à l'échec* »²⁰.

S'il était admis que le critère de la loi nationale était le critère de rattachement par excellence en matière de statut personnel, cela n'est plus une réalité. La montée en puissance de l'individualisme, l'autonomie grandissante de la volonté, la fragmentation du statut personnel en plusieurs sous-catégories ont entraîné un effacement progressif du facteur de rattachement que constituait la loi nationale. Cela a débouché sur une spécialisation et une multiplication des règles de conflit en droit international privé²¹.

L'ensemble de ces considérations font donc de la notion du statut personnel une notion : « *en déroute, désuète, évanescence* »²². Pour reprendre les mots de E. Pataut : « *L'idée même d'un "statut personnel et familial", qui paraît impliquer qu'il pourrait exister un seul mode de réalisation de la famille, fait sourire aujourd'hui, en ces temps de libéralisation complète du droit de la famille et de la multiplication de modèles familiaux entre lesquels il n'existe plus*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ R. BARATTA, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *Recueil des cours*, t. 348, 2011, pp. 265-267.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ J.-Y., CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, *op. cit.*, pp. 166-167, n°157.

²⁰ *Ibid.* p. 180, n°167.

²¹ E. CORNUT, « Qu'est ce qui circule (la notion de "statut personnel") », in H. FULCHIRON (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis 2019, pp. 29-34

²² *Ibid.*, p. 32.

aucune hiérarchie »²³. Selon lui, il n'y a plus de statut mais bien différents régimes juridiques applicables à différentes situations juridiques²⁴.

C'est pourquoi l'énumération permet de contourner cette variabilité qui rend impossible une détermination uniforme du contenu de cette notion de statut personnel²⁵. Le statut personnel au sens de ce présent mémoire, toujours dans la lignée de la thèse de S. Pfeiff recouvrera dès lors, d'une part la situation individuelle juridique d'une personne au sens strict (le nom) et d'autre part ses relations de famille (mariage, filiation biologique et adoptive)²⁶. Sont dès lors visés, *l'ensemble des éléments juridiques qui identifient la personne physique en tant qu'individu et membre d'une cellule familiale* »²⁷.

Section 3 : La notion de reconnaissance

Nous l'avons vu plus haut, une situation boiteuse se forme à partir du moment où un élément du statut personnel cesse d'être reconnu à la suite d'un passage d'un ordre juridique à un autre. Mais que veut dire « ne pas être reconnu » et à l'inverse que veut dire « être reconnu » ?

Le concept de reconnaissance est directement lié au besoin de permanence du statut personnel. En effet, nous sommes dans le prolongement direct des constats faits jusqu'à présent. Nous avons vu l'objet du droit international privé qui est de tendre vers l'harmonie des solutions, et donc de ne pas aboutir à la formation de situations boiteuses. Nous avons ensuite montré que cet objet est un idéal et que la survenance de situations boiteuses reste inévitable. Dans cette section nous nous intéressons à ce qui empêche une situation de devenir boiteuse : sa reconnaissance.

Il convient ici de souligner le caractère polysémique du terme « reconnaissance » en droit international privé²⁸.

Premièrement, ce terme signifie le fait d'insérer dans son ordre juridique la norme dont une décision est porteuse. Ce sens vise assurément la reconnaissance des jugements. Deuxièmement, la reconnaissance peut signifier l'abandon du contrôle conflictuel lors de l'appréciation de l'accueil d'une situation juridique constituée à l'étranger. Notons bien que cette signification diffère de la première en ce sens que d'une part dans la reconnaissance d'une

²³ E. PATAUT, « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », in H. FULCHIRON et CH. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p. 99.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, op.cit., p. 35.

²⁶ R. BARATTA, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *Recueil des cours*, t. 348, 2011, p. 267.

²⁷ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, op.cit., p. 35.

²⁸ P. CALLÉ, « La reconnaissance mutuelle à l'épreuve de la confiance mutuelle », in H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 232-234. ; L. D'AVOUT, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *Trav. Com. Fr. DIP*, 2016-2018, n°11.

situation, les effets effectivement reconnus ne sont pas circonscrits dans la décision judiciaire ; et d'autre part, il y a une certaine interdiction de remise en cause dans le cas de la reconnaissance du jugement ce qui n'est pas le cas en ce qui concerne une situation. Troisièmement, la reconnaissance peut viser celle des actes ou instruments publics étrangers qui confère alors à ceux-ci la même force probante que celle que l'Etat du for accorde à ses propres actes publics. Enfin, quatrièmement, la reconnaissance des actes authentiques peut être entendue comme la réception de leur *negotium*, à savoir le rapport de droit contenu dans l'acte. Ce dernier sens implique que l'acte étranger, par ladite reconnaissance, se substitue à l'acte national homologue ou équivalent dans l'ordre juridique du for²⁹.

Nous décidons de retenir la définition de Pierre Mayer qui définit la reconnaissance comme : « *Le fait pour un ordre juridique, de tenir pour établie une situation consacrée par un ordre juridique étranger* »³⁰.

Toujours est-il que les réalités juridiques des éléments du statut personnel sont généralement consacrées dans un acte officiel. Cet acte peut prendre la forme d'un jugement, d'un acte d'état civil, d'une homologation d'une convention, d'un certificat, ... Ce qui compte c'est que l'acte en question soit officiellement reconnu dans l'Etat d'origine ; il démontrera alors l'existence de l'état de la personne³¹. Pour reprendre les mots de M. Mayer, ce qui importe c'est que la situation en cause soit cristallisée, c'est-à-dire qu'il y ait une « *attache objective du rapport existant avec un ordre juridique donné* »³². À cet égard l'intervention d'une autorité publique compétente semble nécessaire. La problématique des situations boiteuses a trait à la reconnaissance de ces différents statuts à travers des ordres juridiques distincts. Cette reconnaissance (ou non-reconnaissance) de statut passera donc généralement par la reconnaissance de l'*instrumentum* qui le fonde.

Dans l'optique de favoriser l'efficacité des actes et décisions venant de l'étranger que la mobilité accrue des personnes et de leurs statuts impose, le principe en droit international privé est devenu la reconnaissance de plein droit des jugements et actes authentiques. Ce principe abandonne dès lors toute procédure d'*exequatur*. En droit belge nous distinguons en termes de méthode la reconnaissance des jugements/décisions judiciaires étrangers et la reconnaissance d'actes étrangers. Pour ce qui est des jugements, la reconnaissance est facilitée puisque seul un

²⁹ P. CALLÉ, « La reconnaissance mutuelle à l'épreuve de la confiance mutuelle », *op. cit.*, Paris, Dalloz, 2014, p. 234.

³⁰ P. MAYER, « La reconnaissance : notions et méthodes », in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, p. 27.

³¹ *Ibidem*, pp. 265-267.

³² CH. PAMBOUKIS, « Les actes publics et la méthode de la reconnaissance », in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, p. 136.

des motifs de refus listés à l'article 25 du Code de droit international privé belge³³ (ci-après « Codip ») entraînera une non-reconnaissance. En revanche, la Belgique impose encore un détour par la règle de conflit de loi quand il est question de reconnaître un acte juridique non-judiciaire³⁴. Nous observerons dans le titre suivant que ce détour est une cause importante si ce n'est la plus importante de formation des situations boiteuses.

Titre 2 : Situation boiteuse : Les causes

Dans ce titre nous nous attarderons sur les causes, les éléments qui provoquent la formation de situations boiteuses. En d'autres termes, eu égard à ce qui a été abordé dans le Titre 1, nous nous intéresserons à savoir « qu'est-ce qui justifie ou provoque la non-reconnaissance d'un statut » ?

Nous commencerons par revenir sur une notion déjà évoquée dans nos considérations préliminaires : la notion de conflit de systèmes. Nous évoquerons aussi une notion proche : les conflits de cultures. Dans un deuxième temps nous analyserons trois causes fréquentes de formation de situations boiteuses : le contrôle conflictuel (*section 1*), l'exception de fraude à la loi (*section 2*), l'exception d'ordre public (*section 3*).

Introduction aux conflits de systèmes et aux conflits de cultures

Chaque Etat tend à développer son droit international privé de sorte que pour chaque grande catégorie de rapports juridiques, la loi avec laquelle ils entretiennent les liens juridiques les plus étroits soit désignée par leur arsenal de règles de rattachement³⁵.

Le conflit de systèmes est défini par Laurent Barnich comme : « *le conflit des règles de conflit de lois, plus précisément, celui qui s'élève entre la règle de droit international privé du for et la règle de droit international privé étrangère* »³⁶. Il résulte donc des différences entre les règles de droit international privé des Etats et se produit lorsqu'un même rapport de droit est analysé de manière différente d'un Etat à l'autre³⁷. Concrètement, ce même rapport de droit sera alors soumis tantôt à la loi nationale, tantôt à celle de la résidence habituelle ou encore à la loi locale, en fonction de la politique législative de l'Etat dans lequel il est appréhendé³⁸.

Une même règle de conflit ne suffit cependant pas à empêcher tout conflit de systèmes. Ce dernier peut aussi exister lorsque les règles de conflit ont la même teneur. Il se peut très bien que, malgré une même règle de conflit, deux Etats concluent à l'application d'une loi matérielle

³³ Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *M.B.*, 27 juillet 2004.

³⁴ L. BARNICH, « Rappel des méthodes du droit international privé », in *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins...*, *op. cit.*, coll. Famille & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 10-11.

³⁵ Y. LEQUETTE, « Cours général de droit international privé », *Recueil de cours*, t. 387, 2016, p. 201.

³⁶ L. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé*, *op. cit.*, p. 89.

³⁷ *Ibid.* pp. 91-92.

³⁸ P. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi dans les systèmes de droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, p. 55.

différente. En effet, une fois les règles de conflits identiques, encore faut-il que celles-ci soient interprétées de la même manière. La compréhension d'une même catégorie juridique à laquelle renvoie la règle de conflit peut varier d'un Etat à l'autre³⁹.

Il est assez fréquent et inévitable qu'une même situation juridique puisse être portée à l'appréciation de juges d'Etats différents avec lesquels cette situation présente des liens. Si les règles de droit international privé sont différentes dans chacun de ces Etats, l'harmonie des solutions est fragilisée et le potentiel boiteux de la situation largement renforcé⁴⁰.

La notion de « conflit de systèmes dans le temps » est à évoquer ici. Son auteur, Phocion Fransescakis, vise par ces termes une « *situation sans lien avec le for à l'époque de sa constitution et qui vient ultérieurement à la connaissance de celui-ci, en raison d'une mobilité de la situation qui entraîne la connexion fondant la compétence de ses tribunaux* »⁴¹. La mobilité accrue des personnes fait qu'aujourd'hui ces conflits de système dans le temps sont monnaie courante.

Ce monde globalisé entraîne aussi ce qu'on appelle des conflits de cultures. À partir des années 60 avec l'arrivée des premières vagues d'immigration-travailleurs a commencé à se développer sur le continent européen le multiculturalisme impliquant des cultures d'Etats tiers. Les conflits de cultures, par le croisement des différentes cultures fondées sur des valeurs divergentes ont alors émergé progressivement. Ce qui caractérise le plus généralement ces conflits sont les différents rapports aux relations de la familles transfrontalières. C'est d'ailleurs bien la diversité de ces institutions dans les différents ordres juridiques qui caractérise la discipline familiale en droit. La gestion difficile de la diversité de ces institutions est la cause des conflits de culture. Ces conflits font partie des principaux défis auxquels doit faire face le droit international privé contemporain ; selon certains ils en seraient même la principale caractéristique⁴².

Le contexte de la globalisation et de mobilité accrue des personnes entraîne nécessairement une confrontation entre le droit de la famille, « *siège des différences* »⁴³, de différents ordres juridiques. Ce sont des « *croisements des différentes coutumes, mœurs, traditions, religions, éthiques, morales et philosophies fondées sur des valeurs divergentes* » que le droit de la famille de chaque ordre juridique intègre que surgissent les conflits culture⁴⁴. Ils se produisent donc le plus souvent en tant que conflits de lois étatiques. Par ailleurs, il faut aussi prendre en

³⁹ Ibid. p. 82, n°81.

⁴⁰ L. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé*, op.cit., p. 130.

⁴¹ Y. LEQUETTE, « Cours général de droit international privé », *Recueil de cours*, t. 387, 2016, pp. 211-212.

⁴² Y. NISHITANI, « Identité Culturelle en Droit International Privé de la Famille », *Recueil des cours*, t. 401, 2019, pp. 150-154.

⁴³ Ibid. p. 179.

⁴⁴ Ibid. p. 192.

considération les normes non-étatiques comme les normes sociales, traditionnelles, morales et religieuses qui peuvent aussi entrer en conflit, entre-elles, ou avec les normes étatiques⁴⁵.

La réalité des conflits de cultures, combinée avec le contexte de globalisation, fait ressurgir une cause de formation de situations boiteuses que le contexte européen d'harmonisation tendait à réduire : la confrontation de l'Etat d'accueil à une institution totalement inconnue dans son ordre juridique interne.

Section 1 : Le contrôle conflictuel

Le contrôle conflictuel provoque une des causes majeures de la survenance de situations boiteuses. Par ce contrôle, un refus de reconnaissance peut être justifié par le non-respect de la règle de conflit de l'Etat d'accueil lors de l'acquisition ou la modification d'un statut dans un autre Etat⁴⁶.

En effet, le contrôle conflictuel implique, lors de l'appréciation de la reconnaissance d'un acte étranger, que le juge de l'Etat d'accueil passe par sa propre règle de conflit de loi pour déterminer si le rapport litigieux peut ou non être reconnu. En fait le juge du for va se demander si, selon sa propre règle de conflit de loi, le rapport juridique étranger qu'il lui est demandé de reconnaître au sein de son ordre juridique a bien été régi/créé par la bonne loi. Dans le cas contraire, la reconnaissance sera refusée.

Le contrôle conflictuel au stade de la reconnaissance d'un rapport juridique est justifié par ses défenseurs par le fait que pour apprécier la reconnaissance d'un rapport de droit dans son ordre juridique, il importe de vérifier avant si ce rapport existe bel et bien ; cela revient à vérifier si ce rapport a été valablement établi. Pour ce faire, il importe de vérifier selon quel droit local nous devons juger l'acquisition des droits prétendument acquis. L'incontournable outil de la règle de conflit s'impose alors⁴⁷. Derrière cette logique se cache l'idée selon laquelle « *un droit subjectif n'existe pas dans l'absolu* »⁴⁸. Plus concrètement, selon les partisans de cette utilisation de la règle de conflit, dans le cas d'un mariage célébré à l'étranger entre deux nationaux, quel choix plus naturel que de partir de la loi applicable aux conditions de validité du mariage pour déterminer sa validité et, partant, la reconnaissance de la qualité d'époux⁴⁹ ?

Nous aurons l'occasion de l'analyser dans la partie 2, le contrôle conflictuel au stade de la reconnaissance est largement discuté aujourd'hui (Voy. *infra*, Considérations préliminaires de

⁴⁵ *Ibid.* pp. 205-206.

⁴⁶ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, *op.cit.*, p. 51.

⁴⁷ CH. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *Rev. crit. DIP*, 2008, p. 523.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*, p. 524.

la partie 2). Malgré cela, il reste d'application dans de nombreux Etats. La Belgique continue de l'appliquer dans son accueil des décisions non-judiciaires. En effet, nous l'avons déjà évoqué lors de l'analyse de la notion de reconnaissance, quand il est question d'actes non-judiciaires, l'article 27 du Codip, impose un détour par la règle de conflit de loi. En d'autres termes, la reconnaissance en ce qui concerne ces actes revient à vérifier leur légalité selon la loi déclarée applicable selon les règles du droit international privé belge⁵⁰.

Section 3 : L'exception de fraude à la loi ou d'abus de droit

L'exception de fraude à la loi (ou plus généralement abus de droit dans le cadre de l'Union européenne) est un mécanisme de neutralisation du droit étranger. L'idée est qu'un : « *élément de rattachement artificiellement créé doit être neutralisé lorsqu'il a visé à la modification de la désignation du droit qui aurait été applicable en l'absence de cette manœuvre* »⁵¹. Ce mécanisme agit donc nécessairement sur la désignation du droit applicable.

L'élément déterminant est le caractère fictif de l'élément de rattachement qui rend alors artificielle sa fonction qui est la localisation de la situation⁵². La finalité de cet artifice étant pour les parties concernées d'échapper au droit qui les gêne et qui sans cet artifice devrait être applicable.

La sanction de la fraude, et c'est ce qui nous intéresse ici, peut se manifester lors de la reconnaissance d'une situation acquise à l'étranger. En effet, elle pourra justifier un refus de reconnaissance lorsque ladite situation a été obtenue dans le seul but d'échapper au droit désigné en vertu de la règle de rattachement du for⁵³. En résulterait alors une situation boiteuse. En Belgique, la fraude peut être soulevée aussi bien pour s'opposer à la reconnaissance d'une décision étrangère (article 25, §1, 3° du Codip) mais aussi d'un acte authentique (article 27, §1 *juncto* article 18 du Codip). Pour être soulevée au titre de motif de refus visé à l'article 25 du Codip, deux conditions doivent être remplies : (1) la matière doit être de celles pour lesquelles les parties ne disposent pas librement de leurs droits et (2) le seul but à l'obtention du jugement étranger était d'échapper à l'application du droit désigné par la règle de rattachement du for⁵⁴. En ce qui concerne l'article 18 du Codip, c'est bien la manipulation du facteur de rattachement en vue d'échapper à la loi normalement applicable évoquée ci-avant qui est déterminante⁵⁵.

⁵⁰ L. BARNICH, « Rappel des méthodes du droit international privé », in *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins...*, *op. cit.*, coll. Famille & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 11.

⁵¹ FR. RIGAUX. et M. FALLON, *Droit international privé*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 215, n°5.73.

⁵² *Ibid.* pp. 215-217, n°5.73.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.* p. 451, n°10.39.

⁵⁵ J. MARY, « La filiation à la suite d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger », in in (S. FRANCQ et S. SAROLÉA, (Dir.)), *Actualités européennes en droit international privé familial*, Anthémis, 2019, p. 134, n°26.

Il apparaît alors que la notion de fraude dépend grandement de la liberté laissée aux parties dans la détermination du juge compétent d'une part et de la loi applicable d'autre part⁵⁶. Or l'autonomie de la volonté grandissante en droit international privé contemporain ainsi que l'influence des libertés européennes semblent être deux facteurs de nature à amoindrir les possibilités de soulever l'exception de fraude⁵⁷.

C'est pourquoi nous assistons à un recul progressif de la fraude, principalement en droit international privé européen de la famille. Ce recul se matérialise dans l'impuissance, dans la majorité des cas, de la fraude à la loi (à elle seule du moins) de faire le poids face à des intérêts particuliers touchant aux droits fondamentaux ou aux libertés du citoyen européen. Elle reste néanmoins, dans certains cas une limite possible à la reconnaissance ou à tout le moins quelque chose à prendre en considération dans la balance des intérêts⁵⁸. Nous aurons l'occasion de l'observer dans la seconde partie du mémoire.

Section 4 : L'exception d'ordre public

« *L'idée d'harmonie internationale des solutions est un objectif qui doit être reconnu pour ce qu'il est : l'harmonie doit l'emporter sur la diversité, sauf si elle doit céder le pas devant des objectifs d'une valeur prévalente* »⁵⁹. Cette phrase d'Andreas Bucher éclaire bien la portée de la notion sur laquelle nous allons nous attarder dans cette section. Nous voyons à nouveau que l'harmonie des solutions n'est pas un objectif qui primerait quel qu'en soit le prix. Il est en effet admis que certains intérêts peuvent justifier une solution non-harmonieuse.

Les affaires familiales touchent au fondement même de la société civile. Cette grande importance s'illustre par une volonté des Etats de garder une main mise sur ces matières. Nous comprenons alors aisément pourquoi l'exception d'ordre public international est souvent mise en œuvre quand il est question du droit des personnes et de la famille. Pour reprendre les mots de S. Bollé : « *Il y a quelque chose de naturel à ce que l'ordre juridique du for se réserve la possibilité d'opposer un refus de reconnaissance à une situation qui, de par les circonstances de sa création, sa nature ou ses effets, heurterait ses conceptions fondamentales* »⁶⁰. C'est dans cette même logique que certains parlent de « *limite naturelle de ce qui peut être accueilli d'étranger au plan juridique* »⁶¹.

⁵⁶ D. SINDRES, « Requiem pour la fraude ? », in H. FULCHIRON (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Paris, LexisNexis, 2019, p. 270, n°214.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.* pp. 282-285, n°227-228.

⁵⁹ A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *Recueil des cours*, t. 341, 2009, p. 121.

⁶⁰ S., BOLLÉE, « Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales », in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, p. 114.

⁶¹ S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, « Les ordres publics nationaux », in H. FULCHIRON (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Paris, LexisNexis, 2019, pp. 209-211, n°183.

Cette exception reste une source courante de formation de situations boiteuses qui, par opposition à la fraude à la loi, conserve sa pleine légitimité. C'est pourquoi il convient d'y accorder une attention particulière.

Il conviendra dans un premier temps, de poser les contours de la notion d'ordre public en droit international privé en général, pour ensuite analyser brièvement comment cette notion a été introduite en droit belge. Enfin, nous rapprocherons l'exception d'ordre public de notre problématique des situations boiteuses.

Sous-section 1 : Sur l'ordre public en droit international privé

La notion d'ordre public en droit international privé n'a pas fait l'objet d'une définition autonome. Il est depuis longtemps largement admis qu'il est impossible de déterminer précisément et de manière générale et abstraite le contenu de l'ordre public. Des termes comme « principes essentiels » ou « règles fondamentales » sont néanmoins redondants dans la doctrine et la jurisprudence⁶². L'utilisation de ceux-ci font de l'ordre public un concept mouvant qui est voué à s'adapter aux évolutions de la société⁶³.

La codification de cette exception et la pratique permettent néanmoins de différencier l'ordre public international de l'ordre public tel que compris en droit interne. Les termes « manifestement incompatible » s'y retrouvent systématiquement. Ils soulignent l'utilisation limitée de l'exception ; faisant de l'ordre public international une notion plus pointue que celle que l'on rencontre en droit interne⁶⁴.

Si l'ordre public interne sert de cadre à la liberté des conventions et à l'office du juge, l'exception d'ordre public international a une autre fonction. Elle sert en effet à écarter la loi étrangère ou certains effets de ce droit étranger en prenant en compte les effets perturbateurs que celle-ci viendrait à produire dans l'Etat d'accueil⁶⁵. Il doit néanmoins être souligné par ailleurs que l'ordre public « international » est erronément appelé comme tel car, si sa fonction diffère de l'ordre public interne, c'est bel et bien l'ordre national que l'on tend à protéger en excluant l'élément étranger⁶⁶.

C'est donc par sa fonction qu'il convient d'appréhender la notion. Pour reprendre comme l'ont

⁶² A. BUCHER, L'ordre public et le but social en droit international privé », *Recueil des cours*, t. 239, 1993, pp. 23-26.

⁶³ *Ibid.* p. 45.

⁶⁴ S. SAROLEA, « Le Code de droit international privé et le droit familial : le grand nettoyage de printemps », *R.T.D.F.*, 2004/4, n°27. ; N. WATTÉ et R. JAFFERALI, « Règles générales du droit international privé belge et européen », *Rép. not.*, Tome XVIII, Droit international privé, Livre 1, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 164.

⁶⁵ L. BARNICH, « Rappel des méthodes du droit international privé », *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins ...*, *op. cit.*, coll. Famille & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 19-21.

⁶⁶ J. Y., CARLIER, « Ordre public international et relations familiales : facteur d'ordre ou de désordre ? », in BARNICH, L., et al., *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 101.

fait François Rigaux et Marc Fallon dans leur précis, les mots de Paul Lagarde, l'ordre public est « *le type même de la notion fonctionnelle* »⁶⁷.

Sa fonction est une fonction d'exception. Il s'agit, en la mettant en œuvre, d'écarter la loi étrangère normalement applicable conformément à la règle de conflit de lois ou de refuser la reconnaissance d'une décision étrangère⁶⁸.

Plusieurs critères auxquels obéit la mise en œuvre de l'exception sont à retenir : « *la gravité de l'incompatibilité entre le droit étranger et les principes jugés essentiels dans l'ordre juridique où ce droit est appelé à produire ces effets ; la nature des effets réclamés ; l'intensité du rattachement de la situation à l'ordre juridique du for* »⁶⁹.

Commençons par ce dernier critère de l'intensité du rattachement qui revient à mesurer la proximité entre la situation avec l'ordre juridique du for. Il est important de souligner que celui-ci ne se limite pas à une recherche de proximité territoriale, il s'entend comme une proximité de droit⁷⁰.

Quant au critère de gravité, celui-ci tend à atténuer l'exception d'ordre public, obligeant ainsi à mesurer l'éventuelle application du droit étranger au cas par cas⁷¹. À cet égard il convient de souligner le large pouvoir d'appréciation laissé au juge⁷².

Enfin sur la nature des effets réclamés, ce critère est très important car il va influencer la manière radicale ou souple avec laquelle l'exception va être mise en œuvre. En effet, il est aujourd'hui admis que l'exception d'ordre public en droit international privé n'est pas mise en œuvre avec la même sévérité selon que l'on se situe au stade de la question de la loi applicable ou au stade de la reconnaissance.

Dans le premier cas, l'effet de l'exception est considéré comme « plein », puisque l'écart de la loi étrangère est presque automatique si son application (eu égard aux critères susmentionnés) conduisait à une solution contraire aux principes essentiels que forment l'ordre public.

Dans le second, en revanche, lorsqu'il s'agit de reconnaître une situation déjà valablement acquise à l'étranger, on parle d'un effet « atténué » de l'ordre public puisque ce n'est pas une disposition du droit étranger dont il est question mais seulement certains effets d'une situation

⁶⁷FR. RIGAUX. et M. FALLON, Droit international privé, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 316, n°7.46.

⁶⁸P. KINSCH, « Les contours de l'ordre public européen : l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme », in H. FULCHIRON et C. BIDAUT-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 148-149.

⁶⁹FR. RIGAUX. et M. FALLON, Droit international privé, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 316, n°7.46.

⁷⁰J. Y. CARLIER, « Ordre public international et relations familiales : facteur d'ordre ou de désordre ? », *op. cit.*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 102-103.

⁷¹P. WAUTELET, « Le nouveau droit international privé belge : conflits de lois », *J.T.*, 2005/11, n° 6173, n°58-60. ; N. WATTE et R. JAFFERALI, « Règles générales du droit international privé belge et européen », *op. cit.*, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 164, p. 256.

⁷²FR. RIGAUX. et M. FALLON, Droit international privé, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 322, n°7.51.

créée, valablement fondée sur cette norme étrangère. L'effet modérateur vient directement du souci d'éviter de rendre boiteuse une situation concrète, consolidée par une décision de l'autorité compétente⁷³. Va dès lors s'opérer une pesée des effets de l'accueil dans l'ordre juridique du for d'une situation valablement établie à l'étranger. Le caractère moins radical de l'exception se traduira en fait par une attitude de retenue dans le chef de l'office du juge⁷⁴. Finalement, derrière cette plus grande tolérance lorsqu'il s'agit de situations déjà créées à l'étranger, on retrouve cette idée qu'un droit acquis sans fraude à l'étranger puisse produire des effets dans l'Etat du for alors même que cet Etat n'aurait pas pu conférer un tel droit car cette acquisition, elle, aurait été contraire à l'ordre public⁷⁵.

Sous-section 2 : L'exception d'ordre public en droit international privé belge

En droit belge, l'exception d'ordre public est énoncée à l'article 21 du code de droit international privé. Il stipule :

« L'application d'une disposition du droit étranger désigné par la présente loi est écartée dans la mesure où elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public.

Cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger.

Lorsqu'une disposition du droit étranger n'est pas appliquée en raison de cette incompatibilité, une autre disposition pertinente de ce droit ou, au besoin, du droit belge, est appliquée. »

Notons tout d'abord que nous retrouvons bien les termes « manifestement incompatible » qui permettent donc de marquer cette différence avec l'ordre public tel qu'entendu en droit interne belge. Le code belge ne donne naturellement pas de définition de l'ordre public international. C'est toujours la Cour de cassation qui sert de référence en la matière avec son célèbre arrêt « Vigouroux » du 4 mai 1950 avec les termes : « *principes essentiels à la sauvegarde de l'ordre moral, politique ou économique* »⁷⁶. La Cour a pu rappeler le caractère d'actualité de cette définition, notamment dans un arrêt *ONP c. H.H*⁷⁷.

Les critères d'appréciation (proximité et gravité) et la définition par la Cour de cassation font ressortir les caractères évolutifs et fonctionnels de la notion.

⁷³ A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *Recueil des cours*, t. 341, 2009, p. 290, n°174.

⁷⁴ *Ibid.* ; J. Y. CARLIER, « Ordre public international et relations familiales : facteur d'ordre ou de désordre ? », *op. cit.*, 2016, p. 103.

⁷⁵ S. BOLLÉE, « Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales », *in op. cit.*, pp. 114 et 115 ; R. BARATTA, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *Recueil des cours*, t. 348, 2011, p. 285

⁷⁶ Cass., 4 mai 1950, *Pas.*, 1950, I, 624.

⁷⁷ Cass., 18 mars 2013, *R.D.E.*, 2013/1, n° 172, pp. 25-28.

Cette souplesse permet même de prévenir la formation de situations boiteuses qui, sur papier, étaient normalement inéluctables. Un bel exemple est l'accueil de la polygamie en Belgique. En effet, la Cour de cassation belge a rendu en la matière deux arrêts successifs dans lesquels elle a mis l'accent sur l'ordre public atténué au stade de la reconnaissance⁷⁸. Il était question de reconnaître, en Belgique, certains effets de mariages polygames ; en l'occurrence il s'agissait de l'octroi d'une pension de survie dans le cas où le défunt mari laissait derrière lui plusieurs veuves. Dans chacun des deux arrêts la Cour de cassation semble avoir accordé une importance considérable au critère de gravité des effets que produirait l'application du droit étranger. En effet, les juridictions de fond avaient pourtant insisté sur la proximité de la situation avec l'Etat belge pour justifier un refus de reconnaissance de ces effets du mariage polygamique ; cela n'a pas convaincu la Cour⁷⁹. L'ordre public atténué peut donc, dans certains cas, empêcher la survenance d'un rapport boiteux.

Enfin, l'alinéa 3 de l'article 21 expose le remède à cet écartement d'une disposition du droit étranger qui est l'application d'une autre disposition de ce droit étranger, qui, elle, ne serait pas « *manifestement incompatible* » avec l'ordre public ; ou, subsidiairement et à défaut, l'application du droit belge. Ceci permet de rappeler que lorsqu'est mise en œuvre l'exception d'ordre public, ce n'est pas le droit étranger dans son ensemble qui est écarté, mais bien la disposition de ce droit qui a été jugée manifestement incompatible avec *ces principes essentiels à la sauvegarde de l'ordre moral, politique ou économique*⁸⁰.

Sous-section 3 : Exception d'ordre public international et situations boiteuses

Malgré son effet modérateur au stade de la reconnaissance illustré ci-dessus, l'exception d'ordre public reste une source fréquente de situation boiteuse. C'est l'état de la personne inscrit dans un acte ou jugement étranger conformément au droit étranger que l'Etat d'accueil entendra écarter en mettant en œuvre cette exception ; le statut sera par conséquent boiteux ou, inefficace dans l'Etat d'accueil en termes de capacité à produire des effets juridiques, le cas échéant, même différents de ceux produits dans l'Etat d'origine. Nous en verrons des exemples *infra* dans la seconde partie du mémoire.

La mise en œuvre de l'exception d'ordre public au stade de la loi applicable est aussi une source potentielle de situation boiteuse. Cependant la causalité est moins directe. En effet, est visée ici

⁷⁸ Cass., (3^e ch.), 18 mars 2013, *R.D.E.*, 2013/1, n° 172, pp. 25-28.; Cass., (3^e ch.), 15 décembre 2014, *R.C.J.B.*, 2017/2, pp. 233-247.

⁷⁹ M. FALLON, S. FRANCO, et J. MARY, « La reconnaissance des mariages carrousels, pluriels et virtuels devant la Cour de cassation », *R.C.J.B.*, 2017, pp. 284-295.

⁸⁰ Cours magistral dispensé par Jean-Yves Carlier à l'université catholique de Louvain-la-Neuve, le 12 novembre 2019.

la situation au cours de laquelle, dans un premier temps l'Etat du for écarte la loi étrangère car contraire à son ordre public. Ce n'est que dans un deuxième temps, lors d'une demande de reconnaissance de la situation établie en méconnaissance de la règle de conflit de loi normalement applicable dans l'Etat même dont la règle a été écartée dans le premier temps, que pourra alors voir le jour une situation boiteuse. L'Etat d'accueil ou Etat requis refusant de reconnaître ce qui a été établi en violation des règles de conflits de lois normalement applicables⁸¹. Nous le voyons donc bien quand il est question de l'exception ordre public, si la situation boiteuse se matérialise au stade de la reconnaissance, sa potentialité naît dès le stade de la règle de conflit de loi.

Titre 3 : Notions fondamentales qui justifient la recherche de solutions

Nous l'avons déjà compris, le souci d'éviter la survenance de situation boiteuse s'inscrit dans l'objet même du droit international privé, eu égard à l'objectif d'harmonie des solutions et de coordination de systèmes. Nous avons par ailleurs déjà affirmé que le souci de supprimer les situations boiteuses était devenu un objectif à aspirations diverses sous l'influence du contexte européen. Il s'agira dans ce titre 3 de parcourir les différentes notions qui vont dans le sens d'une recherche de solution. Nous commencerons par une notion classique qui fait consensus depuis longtemps en droit international privé (*section 1*). Nous verrons ensuite plusieurs notions issues de l'influence européenne (*section 2*).

Section 1 : Le besoin de permanence du statut personnel

Nous l'avons vu dans nos considérations préliminaires, la sécurité juridique transcende le droit et puisque c'est la discipline qui nous occupe ici, le droit international privé. Le besoin social de continuité et de stabilité de l'état des personnes est dans la continuité de ce besoin de sécurité juridique inhérent au droit. Le professeur Jean-Yves Carlier, indique même à cet égard que le terme « sécurité » est préférable au terme « permanence »⁸². Le besoin de permanence du statut personnel fait l'objet d'un consensus général en droit international privé. Il a alors été pointé comme la seule constante parmi les différentes approches quant à la notion de statut personnel.

⁸¹ Une illustration de ce passage théorique permet sûrement une meilleure compréhension. Prenons l'exemple du mariage entre personnes de même sexe. En Belgique, il existe une clause d'ordre public selon laquelle l'application de loi de la nationalité d'un des époux (qui s'applique en principe) qui interdirait ce type de mariage doit au nom de l'ordre public être écartée. Par ailleurs certains Etats comme la Slovénie ont encore dans leur Constitution l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe. Imaginons qu'une personne de nationalité slovène vienne en Belgique se marier avec une personne de même sexe. De deux choses l'une : le mariage pourra valablement être célébré car la loi slovène sera écartée au stade de la loi applicable au nom de l'ordre public belge, et lors d'un potentiel retour en Slovénie, cet Etat pourrait ne pas reconnaître ce mariage valablement célébré en Belgique, au nom ici encore de l'ordre public slovène. Ce refus créera alors un mariage dit boiteux. Ce thème sera abordé plus en profondeur *infra* dans la seconde partie du présent travail où nous verrons comment le juge européen tranche ce genre de situation.

⁸² J.-Y., CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, op. cit., p. 268, n°255.

Il peut être souligné que si la permanence qui est visée est une permanence dans le temps et dans l'espace, c'est davantage la permanence dans l'espace qui est principalement visée aujourd'hui quand on a égard à ce besoin. Le but étant *in fine* d'éviter les situations boiteuses⁸³. Le besoin de permanence ou de sécurité du statut personnel s'inscrit donc dans les objectifs même du droit international privé et a été un terreau favorable au développement des méthodes propres à cette discipline du droit.

L'idée de permanence et d'unité du statut personnel est une idée très ancienne. Nous la retrouvons déjà dans un arrêt *Prince de Wrède c. Dame Maldaner* de la Cour de cassation française en 1900⁸⁴. En effet, dans cet arrêt, la Cour va justifier le fait de reconnaître une décision étrangère en matière de nullité de mariage, en se focalisant principalement sur le caractère normalement unitaire du statut personnel d'un individu. La Cour évoque alors « *le besoin d'éviter l'état boiteux des personnes concernées* »⁸⁵. Nous soulignons ce lien direct entre le besoin de permanence du statut personnel et le souci d'éviter les situations boiteuses.

Cette idée a aussi été traduite notamment dans le choix du facteur de rattachement en droit international privé classique dans ces matières qui ont trait aux personnes. Le choix originel de la nationalité comme facteur de rattachement qui a longtemps été le principe dans les matières familiales explique en effet cette volonté de fixité et de durabilité du statut personnel ; ce facteur assurant la permanence du droit applicable⁸⁶. La préoccupation forte de continuité des situations est donc ce qui a animé le droit international privé dans sa recherche de rattachements solides et stables⁸⁷. Si ce facteur de rattachement est aujourd'hui devenu l'exception, laissant la place à la résidence habituelle, la volonté de permanence du statut personnel, elle, est restée pleine et entière.

Ce besoin de permanence a néanmoins évolué en changeant de perspective. Cet objectif avait à l'origine pour motivation la sauvegarde des intérêts des Etats plus que ceux des particuliers. La logique semble avec le temps s'être inversée⁸⁸. Il est ainsi largement reconnu aujourd'hui, qu'il est de la sauvegarde de l'intérêt des individus (plus que des Etats) d'assurer une certitude et une stabilité de leurs rapports juridiques personnels et familiaux⁸⁹. La montée en puissance des

⁸³ *Ibid.*, pp. 268-269, n°255.

⁸⁴ Cour de cassation (ch. Civ.) du 9 mai 1900, *Prince de Wrède c. Dame Maldaner*.

⁸⁵ R., BARATTA, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *Recueil des cours*, t. 348, 2011, pp. 280-283.

⁸⁶ L. BARNICH, « Rappel des méthodes du droit international privé », in *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins...*, *op. cit.*, coll. Famille & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 12.

⁸⁷ E. CORNUT, « Qu'est-ce qui circule (la notion de statut personnel) ? », in H. FULCHIRON (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Paris, LexisNexis, 2019, p. 29.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 29-30.

⁸⁹ R., BARATTA, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *Recueil des cours*, t. 348, 2011, p. 272.

libertés et droits fondamentaux l'explique et vient donc exacerber ce besoin de permanence du statut personnel.

Section 2 : Libertés et droits fondamentaux

Quelques considérations préalables sur l'influence européenne sur le droit international privé

Avec le traité de Maastricht, l'Union européenne s'est vu conférer une compétence autonome en matière de coopération judiciaire en matière civile. Cette entrée de l'Union européenne en tant que nouveau législateur potentiel en droit international privé a, en plus de participer à son basculement vers un droit écrit, renversé la manière de penser cette discipline. En effet, dans les règlements adoptés au sein de l'Union vont ressortir en plus des objectifs et visions classiques du droit international privé, des objectifs propres à l'ADN de la construction européenne.

Ces nouvelles compétences ont alors entraîné une porte ouverte pour le législateur européen vers les disciplines du droit de la personne et de la famille. Si le droit substantiel dans ces matières est resté national, le droit international privé s'est largement européenisé. Cela n'empêche pas d'avoir un impact sur le droit substantiel *in fine*.

Tout d'abord, sur l'eupéanisation progressive du droit international privé, l'effet premier se situe dans la relativisation (encore légère) d'une des causes de survenance des situations boiteuses : le problème des conflits de système (voy. *supra*, Titre 3, introduction aux conflits de systèmes...). En effet, c'est l'unification des règles de conflit de lois au sein de l'Union européenne qui tend à progressivement être réalisée par l'adoption des divers règlements de droit international privé dans les matières familiales⁹⁰. Il ne faut cependant pas aller trop vite en besogne. L'harmonisation au niveau européen si elle a été entamée, est encore très loin de toucher l'ensemble des domaines faisant partie du statut personnel⁹¹.

Ensuite, nous le savons, il est depuis longtemps admis que l'objectif d'intégration européenne par le droit ne s'atteint pas que par des normes communes, il se poursuit aussi en mettant en place des moyens d'organiser la coexistence⁹². Tel est bien l'objet du droit international privé, qui en s'eupéanisant, devient alors aussi, un moteur d'intégration. L'effet du droit international privé européen sur le droit substantiel des Etats membres n'est donc pas à négliger ; la dynamique de convergence est apparente⁹³. La diversité des modèles familiaux fait

⁹⁰ E. PATAUT, « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé », in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, op. cit., p. 163.

⁹¹ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 50.

⁹² M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J. H.H. WEILER, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience. A General Introduction*, in (M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J. H.H. WEILER (ed.)), *Book 1 A Political, Legal and Economic Overview*, De Gruyter, Berlin, Boston, 2013, pp. 6-9

⁹³ *Ibid.*

néanmoins partie de l'ADN de l'Union européenne. En effet, l'Union n'a aucune compétence en ce qui concerne le droit matériel des Etats membres en la matière. Le respect de l'identité nationale des Etats membres inscrit dans l'article 4, paragraphe 2 du Traité sur l'Union européenne (ci-après « TUE ») est à cet égard très important ; nous aurons l'occasion de l'observer *infra*.

En ce qui concerne plus spécifiquement notre problématique, le contexte européen et son évolution est venu exacerber cette idée d'assurer l'unité du statut des personnes. Le développement des droits humains en est la principale raison. Celui-ci s'est opéré à travers deux prismes : d'une part celui de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (ci-après « CEDH ») et, d'autre part, le droit de l'Union européenne et son évolution. Ensemble ces deux aspirations débouchent sur une difficulté de concilier une non-reconnaissance d'une situation valablement établie à l'étranger avec d'une part le respect des droits consacrés par la CEDH et d'autre part, avec les libertés fondamentales au cœur du projet européen combinées à la Charte des droits fondamentaux⁹⁴.

Le contexte européen apporte dès lors un arsenal supplémentaire, miroir d'une reconstruction des solutions de droit international privé de la personne et de la famille, caractérisée par des méthodes de reconnaissance⁹⁵. Ces nouvelles méthodes seront analysées dans la seconde partie du présent mémoire ; il s'agit plutôt à ce stade de s'intéresser à ce qui motive le développement de celles-ci.

Sous-section 1 : Liberté de circulation et citoyenneté européenne

Liberté de circulation et citoyenneté européenne sont évidemment deux notions extrêmement liées qu'il convient d'analyser ensemble. Il ne s'agira pas de les présenter trop en profondeur mais il apparaît tout de même compte tenu de la finalité européenne du master en droit que le présent mémoire tend à clôturer, de s'attarder brièvement à l'historique de ces concepts et à ce qu'ils recouvrent avant d'expliquer en quoi ils justifient la recherche de solutions à la problématique des situations boiteuses.

Nous le savons, l'intégration européenne est au départ économique. Elle débute avec le traité de Rome de 1957 dans lequel sont inscrites les quatre grandes libertés de circulation : des marchandises, des services, des capitaux et des personnes. Six pays (La France, l'Allemagne, l'Italie, le Luxembourg, la Belgique et les Pays-Bas) inspirés notamment de l'espace du BENELUX créé dès 1958, vont donner l'impulsion pour, peu à peu, arriver à ce qu'on appelle

⁹⁴ M. FALLON, « Agencement des sources et principes directeurs du statut personnel », in *Actualités européennes en droit familial international* (sous la dir. de S. FRANCO et S. SAROLÉA), Anthémis, 2019, pp. 35-43.

⁹⁵ *Ibid.* p. 101.

aujourd'hui l'espace Schengen. Il va y avoir dans une premier temps les accords Schengen (1985), puis la convention des applications des accords de Schengen qui sera modifiée en 1995. Il n'est pas sans intérêt d'avoir à l'esprit le titre de ces accords et de la convention : « *Des accords pour la suppression progressive des contrôles aux frontières intérieures* ». Ce sont dès lors bien les contrôles aux frontières que l'on vise et non pas les frontières en tant que telles. Ces accords ont alors pour but que le franchissement des frontières ne soit plus le fait générateur de contrôles.

Avec le traité de Lisbonne, la communautarisation des matières, comme la coopération judiciaire en matière civile et pénale ainsi que l'asile et l'immigration déjà entamée avec le traité d'Amsterdam, va devenir complète avec la création d'un réel espace privilégié. On introduit en effet à Lisbonne en 2007, dans le Traité sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »), cet espace de liberté, de sécurité et de justice qui est d'ailleurs défini dans le TUE à l'article 3, paragraphe 2 qui dispose : « *l'Union offre à ces citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures au sein duquel est assuré la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures (...)* »⁹⁶.

En 1992, la création de la citoyenneté européenne par le Traité de Maastricht va ajouter une dimension importante à la liberté de circulation. En effet, la libre circulation, telle que comprise avant Maastricht était conférée seulement en ce qu'elle intéressait la réalisation du marché commun. Elle n'était donc reconnue qu'aux ressortissants d'Etats membres exerçant une activité économique (et leur famille). Avec l'introduction de la citoyenneté européenne cette liberté deviendra le premier droit conféré par ce statut nouveau. Le citoyen européen, par cette seule qualité peut se prévaloir de la liberté de circulation telle que visée à l'article 20 paragraphe 1 du TFUE qui dispose : « *Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application* »⁹⁷. En droit dérivé, le texte par excellence est la directive 2004/38 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 « relative au droit des citoyens de l'Union et aux membres de leur famille de circuler librement sur le territoire des Etats membres qui vise « *à faciliter l'exercice du droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres qui est*

⁹⁶ Traité sur l'Union européenne (version consolidée), J.O.U.E., 26 octobre 2012, C 326, p. 13., article 3, paragraphe 2.

⁹⁷ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), J.O.U.E., 26 octobre 2012, C 326, p. 47, article 20, paragraphe premier. ; M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, 7e éd., Bruxelles, Éditions de l'ULB, 2018, pp. 368-370, n°630.

*conféré directement aux citoyens de l'Union par le traité et (...) a notamment pour objet de renforcer ledit droit. »*⁹⁸.

Enfin, l'interprétation de la citoyenneté européenne par la Cour de justice a étendu encore la vision de la libre circulation, puisqu'elle en a fait le statut fondamental⁹⁹. Nous verrons dans la seconde partie des illustrations de cette vision extensive de la liberté de circulation, notamment dans la jurisprudence sur le nom patronymique de la Cour de justice.

Les grandes libertés fondamentales, au cœur du projet européen, permettent donc au citoyen européen d'accéder à des droits concrets, au nom de la circulation. C'est donc cette logique circulatoire du contexte européen qui va ici promouvoir une stabilité dans la situation juridique des personnes¹⁰⁰. L'impact européen est alors caractérisé par un objectif abstrait de coordination de système du droit international privé qui laisse le pas à un objectif concret de jouissance de droits¹⁰¹. La citoyenneté européenne a donné à la logique de jouissance de droits une dimension abstraite en prenant de la hauteur sur un territoire de l'Union européenne pris dans son ensemble ; abstraction faite des motivations économiques de l'exercice de la liberté de circuler. La libre circulation des personnes est évidemment une notion fondamentale invitant à la recherche de solution au problème des situations boiteuses. En effet, cette liberté fondamentale implique de supprimer tout ce qui peut venir l'entraver. En d'autres termes, le citoyen européen est doté d'un droit de circuler au sein de l'Union sans aucune entrave. C'est alors cette logique de libre circulation sans entrave qui se cache derrière la recherche de solution. En effet, la reconnaissance de situations déjà créées et donc l'évitement du statut boiteux est promu afin de ne pas gêner le citoyen européen dans l'exercice de ses libertés. *A contrario*, la formation (ou même le risque de formation) d'une situation boiteuse peut gêner le citoyen européen dans l'exercice de sa liberté de circuler (ou le dissuader d'exercer son droit). C'est alors que toute situation boiteuse formée au sein du territoire européen (lors de circulation interne donc) est perçue comme une entrave au jeu de cette liberté de circulation¹⁰².

Il y a dès lors, a priori, une obligation pour les Etats membres de reconnaître le statut personnel acquis selon le droit d'un autre Etat membre, au risque de ne pas mettre à mal la liberté de circuler du citoyen européen migrant¹⁰³. En d'autres termes il y a dans cette logique circulatoire une obligation de principe d'éviter la formation de statut boiteux pour les citoyens européens.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ C.J.C.E., 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, (ECLI:EU:C:2001:458), point 31.

¹⁰⁰ E. PATAUT, « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », in H. FULCHIRON et C. BIDAUT-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 99-100.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 100. ; S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 269.

¹⁰² Y. LEQUETTE, *Cours général de droit international privé, recueil des cours*, t. 387, 2016, pp. 38-40.

¹⁰³ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 269.

Cette obligation n'est cependant pas inconditionnelle. Le régime des entraves impose alors de justifier une non-reconnaissance constitutive d'une entrave à la libre circulation par un objectif légitime, et que ce refus soit proportionné à l'atteinte portée à la liberté fondamentale de circulation du citoyen¹⁰⁴.

Sous-section 2 : Le principe de reconnaissance mutuelle

Nous avons vu dans le titre 1, ce que recouvrait le terme « reconnaissance » et surtout son caractère polysémique en droit international privé. Ici, nous retrouvons un concept « reconnaissance mutuelle » qui, non sans lien avec ce dernier, est principalement caractérisé par son ADN communautaire. Comme pour la sous-section précédente, nous en présenterons l'origine et les contours pour ensuite expliquer comment il faut voir ce concept dans le contexte de la recherche de solutions à la problématique des situations boiteuses.

La reconnaissance mutuelle est une notion clé de la construction européenne. L'arrêt de référence en la matière est alors le célèbre arrêt *Cassis de Dijon*¹⁰⁵. Le principe ne concernait alors pas encore les personnes puisque cette affaire concernait la libre circulation des marchandises. Il s'agissait, par ce principe de reconnaissance mutuelle, de limiter autant que possible les mesures ayant pour effets d'entraver cette libre circulation des marchandises. En l'espèce, il s'agissait de l'empêchement pour un producteur de liqueur français de commercialiser en Allemagne son produit sous cette appellation, au motif que la législation allemande prévoyait un seuil d'alcoolémie supérieur à la législation française pour utiliser ladite appellation. La Cour va considérer que le fait que la liqueur française était légalement commercialisée en France, conformément aux exigences de la législation, le principe de reconnaissance mutuelle implique que l'Allemagne (Etat d'accueil) doit tenir pour équivalentes ses propres exigences et celles formulées par la loi française (Etat d'origine)¹⁰⁶.

Après cet arrêt le principe a été formalisé dans une communication de la Commission comme ceci : « *Tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un Etat membre doit être, en principe, admis sur le marché de tout autre Etat membre* »¹⁰⁷. Dans cette même communication, la commission a établi, par l'introduction du test des entraves, les hypothèses d'application du principe de reconnaissance mutuelle. Le professeur S. Francq l'explique en ces mots : « *une même situation (ou produit, service...) est régie par deux lois différentes, dans l'Etat de*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ C.J.C.E, 20 février 1979, *Rexe-Zentral AG c. Bundersmonopolverwaltung für Brandwein*, C-120/78, (ECLI:EU:C:1979:42).

¹⁰⁶ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 42.

¹⁰⁷ Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la CJUE le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78, *Cassis de Dijon*, JO, 1980, n° C-256/2.

création de celle-ci et dans l'État d'accueil de celle-ci, poursuivant des objectifs similaires, voire identiques, de manière également efficace, de sorte que l'application successive de la loi d'accueil constitue un obstacle disproportionné à la circulation de la situation, ou plus précisément une double charge inutile »¹⁰⁸.

Ce principe une fois donc mis en place dans le cadre du marché intérieur va dans un second temps évoluer vers les personnes. En effet, lors du Conseil européen de Tampere de 1999 portant sur la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, le principe de reconnaissance mutuelle s'y verra conférer le statut « de pierre angulaire » de la coopération judiciaire en matière civile et pénale¹⁰⁹. Il s'agit donc de réutiliser le principe établi en matière de libre circulation des marchandises pour faciliter cette fois, la circulation des décisions judiciaires et de certains actes authentiques¹¹⁰.

L'espace de liberté, de sécurité et de justice est créé depuis le traité de Lisbonne, et le principe de reconnaissance mutuelle est exprimé aujourd'hui à l'article 81 du TFUE qui dispose en son paragraphe premier : « *l'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres* »¹¹¹. Le principe de reconnaissance exprimé ici, contrairement à son homonyme utilisé dans le cadre du marché intérieur, ne s'intéresse pas (ou peu) à la loi applicable¹¹². La vérification de l'équivalence des législations, qui subordonne le principe de reconnaissance mutuelle dans le cadre du marché intérieur, n'est pas ici, d'application. Le paragraphe 2 de ce même article 81 du TFUE, donne à cet égard, la compétence à l'Union de rapprocher les règles de conflits de lois afin de renforcer la confiance mutuelle entre États membres ; confiance sur laquelle se fonde en fait ce principe de reconnaissance mutuelle¹¹³.

In fine, par ce principe de reconnaissance mutuelle réutilisé dans le cadre de l'espace de liberté de sécurité et de justice, une décision étrangère devrait être reconnue et exécutée, indépendamment de la loi appliquée ; sous réserve de motifs de refus (comme la contrariété à

¹⁰⁸ S. FRANCO, « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ? », in H. FULCHIRON et C. BIDAUT-GARON (Dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Paris, Dalloz, 2014, p. 113.

¹⁰⁹ T. WISCHMEYER, « Generating Trust Through Law? Judicial Cooperation in the European Union and the "Principle of Mutual Trust" », *German Law Journal*, Vol. 17/03, pp. 354-355.

¹¹⁰ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 42.

¹¹¹ TFUE, précité, article 81, paragraphe 1.

¹¹² S. FRANCO, « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ? », *op. cit.*, Paris, Dalloz, 2014, p. 114

¹¹³ *Ibid.* pp. 114-115.

l'ordre public)¹¹⁴.

Le principe de confiance mutuelle et de reconnaissance mutuelle au sein de l'Union européenne sont assurément d'importants leviers pour la recherche de solution quant à la problématique des situations boiteuses. Ils impliquent un contexte particulier qui rend plus difficile la remise en question de ce qui a été valablement établi au sein d'un autre Etat membre. Néanmoins, il ne s'agit pas de considérer le principe de reconnaissance mutuelle comme une méthode en soi permettant d'éviter le refus de reconnaissance d'un statut. Il faut plutôt y voir, en tant que principe ou objectif à atteindre, un fondement possible d'une méthode de résolution des situations boiteuses¹¹⁵.

Sous-section 4 : Droit à la vie privée et familiale

Le droit à la vie privée et familiale est inscrit à l'article 8 CEDH. Il dispose :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »¹¹⁶.

Ce droit tend à imposer des obligations positives aux Etats parties à la Convention d'assurer aux intéressés la possibilité de mener une vie familiale normale. L'arrêt *Marckx* et d'autres ensuite ont permis de considérer que ce droit implique aussi d'avoir « accès à un régime juridique approprié reflétant cette relation familiale »¹¹⁷.

La garantie prévue à cet article 8 CEDH confère ensuite des droits au particulier à ce que sa situation familiale soit constatée et reconnue. En effet, la portée de l'article implique qu'un statut familial déjà créé devrait produire les mêmes effets (ou effets équivalents) dans les autres Etats parties à la Convention. Cela implique pour les Etats parties d'avoir les moyens légaux dans leur droit international privé pour répondre à cet impératif, au risque de violer ledit article 8 CEDH¹¹⁸.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 44.

¹¹⁶ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028, article 8.

¹¹⁷ Cour eur. D.H., *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74, point 31.

¹¹⁸ A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *Recueil des cours*, t. 341, 2009, p. 984, n°233.

L'enfant est particulièrement protégé par la disposition¹¹⁹.

Ce droit à la vie privée et familiale est évidemment un fondement fondamental à la recherche des solutions à la problématique des situations boiteuses. En effet, une non-reconnaissance d'une situation familiale déjà née à l'étranger, et donc la formation d'une situation boiteuse, pourrait être contestée au motif que celle-ci est contraire à la convention européenne des droits de l'Homme. Nous verrons dans la partie 2, toute l'importance de cet article 8 CEDH dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, mais aussi dans celle de la Cour de justice de l'Union européenne.

Sous-section 5 : Intérêt supérieur de l'enfant

Le concept d'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas nouveau en droit international. Il était en effet déjà inscrit dans la Déclaration des droits de l'enfant de 1958 ainsi que dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes adoptée en 1979¹²⁰. Il est aujourd'hui le concept central de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (ci-après CIDE)¹²¹.

On le retrouve dès l'article 3, alinéa premier dudit texte à titre d'une disposition transversale : « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

Nous remarquons que ce n'est pas tant une règle de fond que contient cet article 3 mais plutôt une méthode. Il s'agit en effet, d'accorder, lors de la mise en balance des intérêts en présence, un poids plus important à l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette prévalence interviendra alors en fait, dans l'examen de la proportionnalité, raisonnement juridique omniprésent en matière de droits fondamentaux, mais plus généralement lorsqu'un litige met en présence deux intérêts concurrents¹²².

L'observation générale n°14 du Comité des droits de l'enfant précise alors ce qu'il faut comprendre des termes « considération primordiale ». Le fait de devoir être une considération primordiale implique que l'intérêt supérieur de l'enfant est : « *un droit, un principe et une règle*

¹¹⁹ Voy. Cour. eur. D.H, Guide sur l'article 8 de la Convention – Droit au respect de la vie privée et familiale, mis à jour au 30 août 2020, spec. pp. 72-80, disponible : https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_FRA.pdf.

¹²⁰ Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), p. 3, §2.

¹²¹ Convention internationale relative aux droits de l'enfant adoptée à New York par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

¹²² S. SAROLEA, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de droit international privé devant la Cour européenne des droits de l'homme » in BARNICH, L. et al. (Dir), *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 110.

de procédure »¹²³.

En tant que droit de fond : « *Le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit évalué et soit une considération primordiale lorsque différents intérêts sont examinés en vue d'aboutir à une décision sur la question en cause, et la garantie que ce droit sera mis en œuvre dans toute prise de décisions concernant un enfant, un groupe d'enfants défini ou non ou les enfants en général* »¹²⁴. Le comité insiste en précisant que, de deux choses l'une, cette évaluation est une obligation juridique stricte (les Etats n'ont pas à décider de son opportunité), et cet alinéa premier de l'article 3 de la Convention a effet direct de sorte qu'il peut être invoqué devant un juge¹²⁵.

En tant que « *principe interprétatif fondamental* », il s'agit pour les Etats de choisir l'interprétation la plus à même de servir l'intérêt supérieur de l'enfant, lorsqu'une disposition juridique se prête à plusieurs interprétations¹²⁶.

Enfin, en tant que règle de procédure, l'intérêt supérieur de l'enfant implique que, lors d'une prise de décision concernant un ou des enfants, il y a lieu de mesurer les incidences positives et négatives de cette décision sur ce ou ces enfants. Ladite décision doit alors être motivée en ce sens. Doit y apparaître l'explication de ce qui a été considéré comme étant de l'intérêt supérieur de l'enfant, les critères retenus pour aiguiller la décision ainsi que la mise en balance des intérêts en présence. Ce volet procédural de l'intérêt supérieur de l'enfant vient dès lors compléter les deux autres branches de ce concept en s'attardant sur le processus décisionnel concernant les enfants¹²⁷.

Si nous revenons à notre problématique des situations boiteuses, nous pouvons voir que cette notion d'intérêt supérieur de l'enfant, quand elle est activée, a le potentiel de renverser une solution juridique dans le cas où un intérêt concurrent inviterait un juge à conclure à une non-reconnaissance d'un élément du statut personnel. Nous aurons l'occasion de le voir concrètement dans la partie 2.

¹²³ *Ibid.* reprenant Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), p. 4, §6.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ S. SAROLEA, « L'intérêt supérieur de l'enfant... », *op. cit.*, p. 110.

¹²⁶ Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), p. 4, §6.

¹²⁷ S. SAROLEA, « L'intérêt supérieur de l'enfant... », *op. cit.*, p. 111.

Conclusion intermédiaire

Cette première partie nous permet déjà d'établir plusieurs constats.

Tout d'abord, la problématique qui nous occupe est ancienne et classique dans la discipline du droit international privé. Nous avons d'ailleurs vu d'emblée dans l'introduction que nous nous situons au cœur de l'objet du droit international privé à savoir cet objectif d'harmonie internationale des solutions.

Ensuite, nous avons pu voir que la problématique était propre à l'état des personnes ou statut personnel. Nous nous situons donc dans le droit international privé de la famille.

Cela étant, nous avons observé que la cause principale de la survenance de situations boiteuses est le contrôle conflictuel au regard des règles de conflit de lois du for. Celui-ci découle naturellement des conflits de systèmes. Ont aussi été analysées deux autres causes. Premièrement, la fraude à la loi ou l'abus de droit qui semble néanmoins de moins en moins légitime. Et deuxièmement, le concept très important en droit international privé de l'exception d'ordre public pour lequel nous avons pu souligner le caractère fonctionnel de l'exception et son effet atténué au stade de la reconnaissance.

Enfin, en lien avec la première remarque, plusieurs notions fondamentales font qu'aujourd'hui, le souci d'éviter la formation de rapports boiteux a des motivations diverses. Le besoin de permanence du statut personnel est à cet égard exacerbé par le contexte européen des libertés et droits fondamentaux.

Nous verrons dans la partie qui va suivre que cette base fertile à la recherche de solutions a effectivement débouché sur la construction de nouvelles méthodes jurisprudentielles tant à Strasbourg qu'au Luxembourg.

Partie 2 : Solutions classiques et solutions contemporaines issues des deux Cours suprêmes européennes

Considérations préliminaires

M. Paul Lagarde l'annonçait sous la forme d'une interrogation en 2014, la méthode de reconnaissance est l'avenir (le présent aujourd'hui) du droit international privé¹²⁸.

Les solutions qui vont être présentées ci-après sont le reflet d'un renouvellement général en droit international privé contemporain que certains qualifient de changement de paradigme. Il est en effet soutenu que le paradigme conflictuel qui a transcendé les méthodes de droit international privé pendant des décennies a aujourd'hui été largement remplacé par un nouveau paradigme, caractérisé par un développement des méthodes de reconnaissance¹²⁹.

C'est alors que l'une des principales causes de la formation de situations boiteuses, à savoir le contrôle conflictuel au stade de la reconnaissance, est largement remis en cause aujourd'hui. En effet, l'inadéquation de la règle de conflit à la reconnaissance des situations juridiques déjà créées a été soulignée par la doctrine ces dernières années¹³⁰. Cette inadéquation ressort de la distinction qui devrait être faite entre la création d'un rapport de droit et sa reconnaissance qui n'est alors que la confirmation de son existence. Selon les auteurs qui soutiennent l'abandon du contrôle conflictuel au stade de la reconnaissance d'un rapport de droit déjà créé, la règle de conflit devrait en fait rester cloisonnée dans son rôle originel qui est la nécessaire localisation qui précède la création d'un rapport de droit affecté d'un élément d'extranéité. Cette localisation au stade de la reconnaissance est alors considérée non-seulement comme inutile mais risque en plus de remettre en cause la cohérence du rapport juridique en cause ; ou en d'autres termes augmenter le potentiel boiteux dudit rapport¹³¹. L'écartement du contrôle conflictuel permet finalement de ne pas « *enfreindre la justice matérielle du droit international privé, à savoir de ne pas rendre boiteux a posteriori un rapport juridique existant déjà* »¹³².

Nous pouvons en outre ajouter une remarque en ce qui concerne le conflit de systèmes dans le temps évoqué *supra* (Partie 1, titre 2, introduction aux conflits de systèmes...). Dans ces situations qui, lors de leur constitution ne présentaient donc aucun lien avec le for, le contrôle conflictuel apparaît encore moins pertinent de sorte qu'il est soutenu par certains depuis très

¹²⁸Voy. P. LAGARDE, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *Recueil des cours*, t. 371, 2015.

¹²⁹ Y. LEQUETTE, *Cours général de droit international privé, recueil des cours*, t. 387, 2016, pp. 24-27.

¹³⁰ *Ibid.* pp. 513-560. ; Y. LEQUETTE, « Cours général de droit international privé », *Recueil de cours*, t. 387, 2016. ; S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

¹³¹ CH. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose... », *op. cit.*, pp. 525-529.

¹³² *Ibid.*, p. 530.

longtemps que la règle de conflit du for devrait, le cas échéant, « *purement et simplement* » être inapplicable¹³³.

Le titre 1 fera d'abord la présentation de deux solutions anciennes, proposées par la doctrine dans le passé à l'air du paradigme conflictuel. Elles ont comme point commun d'avoir toutes les deux subi des critiques considérables. Le titre 2 présentera ce qui nous intéresse le plus dans le présent mémoire : les méthodes contemporaines issues de la jurisprudence des deux Cours suprêmes européennes.

Titre 1 : Deux propositions du paradigme conflictuel : Le renvoi et la théorie des droits acquis

Section 1 : Le renvoi

La réalité des conflits de systèmes (*voy. supra*, partie 1, titre 2) a fait émerger au XIX^e siècle la technique du renvoi. L'idée était la prise en considération du système de conflit de loi étranger. Est visée la considération que les règles matérielles auxquelles renvoie la règle de rattachement du for sont des règles d'un Etat qu'il ne désigne pas lui-même selon ses propres règles de conflit¹³⁴. On peut y voir une opposition du législateur étranger d'appliquer son propre droit au cas d'espèce ; ce serait donc au nom du respect de la souveraineté étrangère qu'il faudrait obéir à cette volonté¹³⁵.

La technique du renvoi consiste alors en la capacité de la règle de rattachement du for à désigner les règles de rattachement d'un autre système juridique (au lieu des règles matérielles de celui-ci) pour *in fine*, appliquer au cas d'espèce les règles matérielles auxquelles renvoient celles-ci¹³⁶. Classiquement, ce qui anime cette technique c'est un retour au droit matériel du for, qui n'était pas atteignable par sa règle de rattachement ; on parle de renvoi au premier degré. Il est néanmoins possible que les règles de conflits étrangères mènent à l'application du droit d'un Etat tiers : on parle dans ce cas de renvoi au second degré¹³⁷.

La technique du renvoi est donc une méthode de coordination de système donc l'objectif le plus avancé est bien de tendre vers l'harmonie internationale des solutions. Principalement utilisée (par le passé) dans les domaines du droit des personnes et de la famille (mais aussi des successions), cette technique entendait donc répondre au besoin de permanence du statut

¹³³ P. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi dans les systèmes de droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, p. 153, n°150.

¹³⁴ A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *Recueil des cours*, t. 341, 2009, p. 227, n°138.

¹³⁵ FR. RIGAUX, et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 232, n°6.18.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 229, n°6.18.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 230, n°6.14 ; A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *Recueil des cours*, t. 341, 2009, p. 227, n°138.

personnel¹³⁸. En effet, par le renvoi, le juge du for « *aligne sa solution sur celle qui aurait été retenue dans l'Etat étranger* »¹³⁹. In fine, cette technique entendait donc éviter la survenance de situation boiteuse.

Cela dit, il apparaît que le renvoi est en fait inefficace au regard de cet objectif d'harmonie internationale des solutions, du moins en ce qui concerne le renvoi au premier degré. En effet, une application généralisée du renvoi entraîne un cercle vicieux dans lequel chaque juge saisi aboutira à l'application de son propre droit. Une harmonie peut être atteinte, en ce qui concerne le renvoi au premier degré que si un des deux Etats utilise le renvoi ; l'autre appliquant le droit désigné par ses propres règles de conflit. Si une harmonie peut cependant être atteinte par le renvoi au second degré, les difficultés pratiques de l'utilisation de cette technique contrebalancent largement cette faveur. Le maniement par le juge du for des règles de conflit étrangères présente en effet des difficultés majeures qui font du renvoi une technique qui n'est pas viable d'un simple point de vue pratique.

Une théorie britannique, variante du renvoi classique mérite toutefois d'être mentionnée ici : le double renvoi ou *Foreign Court theory*. Cette variante suggère que le juge saisi se considère comme siégeant dans l'Etat vers lequel le renvoi est opéré. Par exemple, posons une situation selon laquelle les conditions pour l'application du renvoi sont réunies et la règle de conflit de loi du for désigne le droit d'un Etat X. Le juge saisi va donc regarder quelle loi est applicable selon les règles de rattachement du droit de cet Etat X. En se plaçant comme s'il siégeait dans cet Etat, le juge du for va pouvoir prendre en compte l'attitude du droit étranger désigné à l'égard du renvoi¹⁴⁰. S'il ne connaît pas le renvoi, alors le renvoi s'opère de manière classique. Si au contraire, l'Etat X admet la technique du renvoi, alors cette théorie du double renvoi invite à trancher la question du droit applicable comme si le mécanisme du renvoi n'avait pas été mis en œuvre. En effet, c'est bien la loi matérielle étrangère qui devra alors s'appliquer puisque le juge de l'Etat X aurait accepté le renvoi. Si cette technique permet de sortir du cercle vicieux évoqué ci-dessus (étant entendu que l'Etat X ne pratique pas lui-même le double renvoi), les difficultés pratiques pour le juge saisi sont remarquables¹⁴¹.

L'ensemble des difficultés pratiques ont conduit la majorité de la doctrine à se détourner du mécanisme du renvoi pour y préférer des techniques de reconnaissance de situations étrangères permettant plus aisément une harmonie internationale des solutions. Le renvoi est d'ailleurs

¹³⁸ A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *Recueil des cours*, t. 341, 2009, p. 228, n°138

¹³⁹ FR. RIGAUX, et M. FALLON, *op. cit.*, p. 232, n°6.18

¹⁴⁰ E. AGOSTINI, « Le mécanisme du renvoi », *Rev. crit. DIP*, 2013/3, pp. 561-562.

¹⁴¹ A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *Recueil des cours*, t. 341, 2009, p. 236. ; FR. RIGAUX, et M. FALLON, *op. cit.*, pp. 232 et 240.

expressément exclu par l'article 16 du Codip.

Section 2 : La théorie des droits acquis

La théorie des droits acquis est une doctrine ancienne largement critiquée à l'époque qui mérite selon certains d'être réhabilitée¹⁴². M. Pillet est assurément l'un des plus importants défenseurs de cette doctrine en francophonie. Il expliquait celle-ci en ces termes : « *toutes les fois qu'un droit a été régulièrement acquis dans un pays quelconque, ce droit doit être respecté et les effets qu'il produit doivent lui être garantis dans un autre pays* »¹⁴³. Ces mots l'indiquent, ce qui était central dans la doctrine des droits acquis c'est bien le besoin de permanence du statut personnel. Ce besoin justifiait alors selon cette doctrine de modifier quelque peu l'accueil d'une situation déjà constituée dans un autre Etat. En effet, il était alors soutenu que l'analyse de la validité de cette situation devait se faire conformément au droit désigné par la règle de rattachement de l'Etat dans lequel cette situation s'était constituée. Était alors écartée la règle de rattachement du for au stade de la reconnaissance de ces situations¹⁴⁴.

La théorie des droits acquis permet en fait une prise en considération de l'écoulement du temps qui renforce les attentes légitimes à la stabilité du statut acquis. C'est en raison de la pénétration tardive dans l'ordre juridique de l'Etat requis que le choix se porte vers les règles de conflit du système dont relevait la situation avant ladite pénétration.

Présentée à une époque où la méthode du conflit de lois représentait le béaba du droit international privé, nous comprenons aisément les critiques auxquelles a été exposée cette proposition doctrinale.

A l'heure où c'est la reconnaissance qui semble au goût du jour, la théorie des droits acquis pourrait connaître un regain d'intérêt. Nous retrouvons ainsi des traces de la théorie des droits acquis en droit international privé contemporain. En effet, le régime de reconnaissance des jugements étrangers qui exclut toute révision au fond se situe bien dans la même logique de la théorie des droits acquis qui est de « *préserver l'autorité de ce qui a été décidé à l'étranger* »¹⁴⁵. En outre, nous retrouvons de plus en plus en droit interne et en droit européen, une clause générale d'exception dans l'examen de la loi applicable permettant de déroger à la règle de rattachement du for, lorsque la situation en cause présente des liens manifestes avec un autre système juridique¹⁴⁶. Eu égard à l'incidence de l'écoulement du temps, cette clause permet donc

¹⁴² *Ibid.*, p. 86, n°3.11. ; E. PATAUT, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Trav. Com. fr. DIP* 2006-2008, Paris, Pedone, 2009, pp. 71-114.

¹⁴³ A. PILLET, « La théorie générale des droits acquis », *Recueil des cours*, t. 8, 1925, p. 492.

¹⁴⁴ FR. RIGAUX, et M. FALLON, *op. cit.*, p. 86, n°3.11.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 253, n°6.40.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 253-254, n°6.41.

de : « *corriger l'intrusion tardive d'un élément d'ordre spatial lorsque la plupart des facteurs de localisation convergeaient lors de la configuration de la situation, vers d'autres ordres juridiques que celui désigné par la règle de rattachement du for* »¹⁴⁷. Enfin, nous aurons l'occasion d'observer que les méthodes de reconnaissance contemporaines en construction semblent présenter des caractéristiques communes avec cette doctrine¹⁴⁸.

Titre 2 : Solution inspirée du droit européen de la libre circulation des personnes

Ce n'est pas tout nouveau, une méthode de reconnaissance qui serait propre à l'Union européenne suscite l'intérêt de la doctrine. La pratique en la matière a réussi à faire ressortir certains critères récurrents, qui, le cas échéant, résolvent le caractère boiteux des situations en cause.

C'est dans la jurisprudence en matière de détermination et de changement de nom dans le cadre de la libre circulation des personnes que se situe le siège de cette méthode (*section 1*). Cela a d'ailleurs inspiré le législateur belge (*section 2*). S'est par la suite posée la question de l'élargissement de la méthode aux autres éléments du statut personnel (*section 3*). La Cour de justice semble avoir entamé cet élargissement en matière de reconnaissance de mariage entre personnes de même sexe et est peut-être en passe de faire de même en ce qui concerne les liens de filiation (*section 4*).

Section 1 : La reconnaissance du nom patronymique comme fondement de la méthode de reconnaissance

Le nom en droit international privé européen a pu apporter des réponses importantes à la question de savoir dans quelle mesure un refus de reconnaissance était compatible avec le droit européen.

Les règles qui régissent le nom, question d'identité personnelle, sont restées profondément nationales, échappant ainsi au champ d'application des règlements européens sur la compétence et la loi applicable (Bruxelles II bis et Rome III)¹⁴⁹. L'influence européenne n'en reste pas moins importante. En effet, comme l'écrit le Professeur Jean-Yves Carlier : « *Il était inévitable que le droit européen de la libre circulation des personnes exerce une influence sur les conditions de la circulation du nom de ces mêmes personnes* »¹⁵⁰.

A l'évidence, voir son nom varier par le simple passage d'une frontière n'encourage pas le

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 86, n°3.11.

¹⁴⁸ J.-J. KUIPERS, "Cartesio and Grunkin-Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private Law", *European Journal of Legal Studies*, vol. 2, no. 2, 2009, pp. 83-97.

¹⁴⁹ J.-Y. CARLIER, « Le nom en droit international privé », in (S. FRANCO et S. SAROLÉA, (Dir.)), *Actualités européennes en droit international privé familial*, Anthémis, 2019, p. 88.

¹⁵⁰ *Ibid.*

déplacement. Dès lors, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion d'analyser dans quelles situations et pour quels motifs un refus de reconnaissance du nom constituait une entrave disproportionnée à la liberté de circulation de la personne qui en est porteuse. Quatre arrêts sont alors considérés comme fondateurs¹⁵¹, dans le raisonnement de la Cour en matière de reconnaissance du statut personnel : *Garcia-Avello*¹⁵², *Grunkin Paul*¹⁵³, *Sayn-Wittgenstein*¹⁵⁴ et *Bogendorff von Wolffersdorff*¹⁵⁵. On peut y ajouter l'arrêt *Freitag*¹⁵⁶ pour lequel le développement sera plus concis.

L'acquis jurisprudentiel sur cette question débute en 2003 avec l'arrêt *Garcia Avello*. L'affaire concernait une demande de changement de nom introduite par des parents pour leurs enfants. En l'espèce, les enfants étaient belgo-espagnols et l'officier de l'état civil belge avait inscrit (conformément au droit belge de l'époque) le nom du père dans l'acte de naissance des enfants. Or, l'ambassade espagnole avait enregistré ceux-ci sous un nom composé du nom de famille des deux parents. Il y avait alors une différence entre leur nom en Espagne et leur nom en Belgique ; la demande de changement de nom visait donc à ce que le nom des enfants en Belgique soit le même qu'en Espagne. Après un refus contesté devant le Conseil d'Etat, celui-ci interrogea la Cour de Justice de l'Union européenne.

La Cour, en s'appuyant largement sur la citoyenneté européenne, va se prononcer en faveur dudit changement de nom¹⁵⁷. Elle va en effet considérer que la Belgique doit écarter sa propre loi nationale afin de permettre à ces deux enfants belgo-espagnols de porter leur double nom comme prévu par le droit espagnol (et non prévu par le droit belge à l'époque). L'idée étant de permettre au citoyen européen de revendiquer les droits qu'il tire de son autre loi nationale¹⁵⁸. Si en termes de méthode, le concept de reconnaissance est absent du raisonnement de la Cour, cette décision laisse entendre une « *forme de reconnaissance d'un nom valablement établi à l'étranger* »¹⁵⁹.

Le second arrêt *Grunkin Paul* a été rendu en 2008. Dans cette affaire, il est plus clairement question de la reconnaissance d'une situation valablement acquise à l'étranger. En l'espèce l'affaire concernait un refus par les autorités allemandes de transcrire un changement de nom

¹⁵¹ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 208.

¹⁵² C.J.U.E., *Garcia-Avello*, 2 octobre 2003, C-148/02, (ECLI:EU:C:2003:539).

¹⁵³ C.J.U.E., *Grunkin Paul*, 14 octobre 2008, C-353/06, (ECLI:EU:C:2008:559).

¹⁵⁴ C.J.U.E., *Sayn-Wittgenstein*, 22 décembre 2010, C-208/09, (ECLI:EU:C:2010:806).

¹⁵⁵ C.J.U.E., *Bogendorff von Wolffersdorff*, 2 juin 2016, C-438/14 (ECLI:EU:C:2016:401).

¹⁵⁶ C.J.U.E., *Freitag*, 8 juin 2017, C-541/15 (ECLI:EU:C:2017:432).

¹⁵⁷ M. FALLON, « Agencement des sources et principes directeurs du statut personnel », in (S. FRANCQ et S. SAROLÉA, (Dir.)), *Actualités européennes en droit international privé familial*, Anthémis, 2019, p. 39.

¹⁵⁸ J.-Y. CARLIER, « Le nom en droit international privé », in *op. cit.* p. 89.

¹⁵⁹ M. FALLON, « Agencement des sources et principes directeurs du statut personnel », in *op. cit.*, p. 39.

opéré au Danemark pour un enfant Allemand né au Danemark. La justification était alors que les règles de droit international privé allemand prévoyaient l'application de la loi nationale ; droit national qui comme dans *Garcia Avello*, ne connaissait pas le double nom. Or le droit international privé danois prévoyait l'application de la loi de résidence principale.

Nous voyons ici un bel exemple de formation d'une situation boiteuse. Un conflit de systèmes existe entre l'Allemagne et le Danemark. Dès lors, le contrôle conflictuel fait par l'Etat allemand lors de l'accueil de la situation créée au Danemark (un changement de nom) entraîne une situation boiteuse.

La Cour va finalement condamner le refus des autorités allemandes. Elle va en effet considérer que le refus de reconnaissance du nom tel qu'il a été déterminé par le droit danois remettait en cause les droits attachés à la citoyenneté européenne inscrits à l'article 18 TFUE à savoir sa liberté de circulation¹⁶⁰. Nous pouvons aussi remarquer que semble aussi peser son poids dans la reconnaissance, la résidence continue au Danemark, Etat du lieu de changement de nom. Nous pouvons y voir les prémisses d'une condition de proximité, à savoir l'existence d'un lien réel entre l'Etat qui a établi la situation et celle-ci¹⁶¹.

Une nouvelle fois la citoyenneté européenne est centrale dans le raisonnement de la Cour. Elle permet une vision extensive de la liberté de circulation qui implique de ne pas gêner le citoyen européen dans l'exercice de celle-ci. Dans chacun de ces deux arrêts, la Cour parle de « *sérieux inconvénients* » pour désigner cette gêne à éviter. Ceux-ci étaient créés dans les deux cas d'espèce par la diversité des noms de famille des intéressés et les doutes sur leur identité qui pouvaient en résulter¹⁶².

Ces deux premiers arrêts semblent montrer une position de la Cour favorable à la reconnaissance d'un nom acquis dans un autre Etat membre. Les deux arrêts suivants vont alors nous éclairer sur les limites à cette reconnaissance.

L'affaire *Sayn-Wittgenstein*, en 2010, concernait une ressortissante autrichienne qui avait été adoptée en Allemagne par un ressortissant allemand. Par cette adoption, la ressortissante autrichienne a acquis le nom de son adoptant, en ce compris le titre de noblesse que celui-ci portait. Or, une loi autrichienne à valeur constitutionnelle prévoyait l'abolition de la noblesse et qui donc, interdisait le port de titres nobiliaires, le cas échéant, acquis à l'étranger. Les

¹⁶⁰ E. PATAUT, « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », *in op. cit.*, p. 103.

¹⁶¹ M. FALLON, « Agencement des sources et principes directeurs du statut personnel », *in op. cit.*, p. 40.

¹⁶² C. KOHLER, « La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », *in* P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, p. 70.

autorités autrichiennes ont dès lors rectifié le nom acquis en y enlevant ledit titre nobiliaire¹⁶³. La ressortissante autrichienne s'est alors opposée audit changement ; elle entendait faire reconnaître ce nom, avec le titre de noblesse, en Autriche. La requérante invoquait l'entrave à sa liberté de circulation que constituait le port de deux noms distincts (en Allemagne et en Autriche), ainsi que l'atteinte à son droit au respect à la vie privée et familiale. Le précédent de l'arrêt *Grunkin Paul*, appuyait alors ses recommandations¹⁶⁴. Ceci abouti à une question préjudicielle à la Cour de justice.

La Cour va sans difficultés confirmer les inconvénients sérieux que peut engendrer la modification du nom de la requérante, d'autant plus qu'elle avait vécu pendant quinze ans sous son nom comportant le titre de noblesse¹⁶⁵. Il s'agira donc davantage pour la Cour, de procéder à une balance des intérêts en présence. Il y a d'une part de l'intérêt personnel de l'individu, citoyen européen, à avoir son statut personnel fixe et donc reconnu, et d'autre part l'intérêt de l'Etat autrichien traduit dans sa loi nationale à valeur constitutionnelle. C'est alors la « *nature de l'objectif suivi par l'Autriche lorsque celle-ci interdit le port de titres nobiliaires* » qui va intéresser la Cour¹⁶⁶. En l'espèce l'importance constitutionnelle qu'accordait l'Etat autrichien à l'interdiction des titres de noblesse (justifiée par un souci d'assurer l'égalité des ressortissants autrichiens) sera, selon la Cour, une expression de son identité nationale. Or, le respect de cette identité nationale est explicitement prévu par l'article 4, paragraphe 2 du TUE. La Cour va alors donner raison aux autorités autrichiennes, considérant que l'entrave est justifiée et proportionnée en l'espèce et que dès lors, l'article 21 du TFUE n'est pas violé¹⁶⁷. En d'autres termes, un refus de reconnaissance du nom est acceptable lorsque « *ce nom patronymique comprend un titre de noblesse qui n'est pas admis dans le premier État membre au titre de son droit constitutionnel, dès lors que les mesures prises par ces autorités dans ce contexte sont justifiées par des motifs liés à l'ordre public, c'est-à-dire qu'elles sont nécessaires pour la protection des intérêts qu'elles visent à garantir et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi* »¹⁶⁸.

¹⁶³ Notons que deux erreurs ont été commises dans cette affaire. La première par les autorités allemandes qui, en vertu de leur droit international privé, auraient dû changer le nom de la ressortissante autrichienne sans le titre de noblesse en vertu de l'application de la loi nationale de celle-ci. La seconde erreur a été commise par les autorités autrichiennes qui ont accepté, dans un premier temps, d'inscrire ce nouveau nom dans leurs registres, alors que la loi interdisait clairement la reconnaissance des titres nobiliaires acquis à l'étranger. ; S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 214.

¹⁶⁴ E. PATAUT, « Les particularismes nationaux, les droits fondamentaux et le contenu de la citoyenneté européenne », *R.T.D. eur.*, 2011/3, p. 571.

¹⁶⁵ Aff., *Sayn-Wittgenstein*, précitée, points 67 et 68.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Aff. *Sayn-Wittgenstein*, précitée, point 95.

Dans *Sayn-Wittgenstein* nous observons alors que si un rapport boiteux reste considéré comme une entrave à la libre circulation du citoyen européen, le respect de l'identité nationale au travers des considérations relatives à l'ordre public national est de nature à justifier ladite entrave. Nous pouvons dès lors apercevoir une première illustration d'une cause jugée légitime par la Cour de situation boiteuse. Néanmoins, nous aurons l'occasion de le voir, d'autres arrêts ultérieurs (voy. *infra*, les commentaires à propos de l'arrêt *Coman*) invitent à relativiser quelque peu la portée de cet arrêt *Sayn-Wittgenstein* ; à commencer par l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff* qui va à présent retenir notre attention.

L'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff* est arrivé cinq ans après *Sayn-Wittgenstein*. Les deux affaires sont assez similaires dans les faits. Il est en effet aussi question d'une reconnaissance d'un nom comportant un titre de noblesse. En l'espèce, le requérant avait facilement opéré un changement de nom au Royaume-Uni, Etat dans lequel il avait établi résidence pendant 4 ans et y avait par ailleurs acquis la nationalité. Il entendait alors lors de son retour en Allemagne faire reconnaître le titre de noblesse qu'il portait désormais depuis le changement de nom opéré au Royaume-Uni. Comme dans l'arrêt précédent, le problème résidait dans l'abolition en Allemagne de ces titres nobiliaires (aussi dans une optique d'égalité) et donc la possibilité de voir les autorités allemandes s'opposer à la reconnaissance du changement de nom pour des motifs liés à l'ordre public.

La Cour va commencer par reprendre les enseignements des arrêts précédents à savoir que la formation d'un nom boiteux constitue une entrave : « *le refus, par les autorités d'un État membre, de reconnaître les prénoms et le nom d'un ressortissant de cet État membre, tels que déterminés et enregistrés dans un second État membre, dont il possède également la nationalité, constitue une restriction aux libertés reconnues par l'article 21 TFUE à tout citoyen de l'Union* »¹⁶⁹. Ensuite, la Cour va se pencher sur les justifications possibles à cette entrave. Reprenant l'acquis de *Sayn-Wittgenstein*, c'est bien l'ordre public que la Cour va mettre en avant comme cause légitime de non-reconnaissance. Dès lors, les justifications d'égalité devant la loi et le choix constitutionnel d'abolir les titres de noblesse et autres privilèges sont non seulement des motifs liés à l'ordre public, mais aussi l'expression d'un *élément de l'identité nationale*¹⁷⁰. Nous l'avons vu, le respect de l'identité nationale des Etats membres est prévue dans le Traité sur l'Union européenne. Ce respect est en fait au cœur du projet européen et son célèbre *ethos* « *unity in diversity* ». Il est alors naturel, dans ce contexte, que ces considérations

¹⁶⁹ Aff. *Bogendorff von Wolffersdorff*, précitée, point 47.

¹⁷⁰ *Ibid.* points 64-66.

puissent tenir en échec la reconnaissance du nom acquis dans autre Etat membre¹⁷¹.

Néanmoins, la Cour va s'écarter de son arrêt *Sayn-Wittgenstein*, en ce sens qu'elle va confier au juge national le soin de mesurer la proportionnalité du refus de reconnaissance, au regard du contexte juridique et factuel du cas d'espèce¹⁷². C'est donc avec déférence que la Cour va admettre que le juge national est *mieux à même* pour apprécier le caractère proportionné du refus de reconnaissance¹⁷³. C'est le reflet pour certains : « *d'une forme de confiance à l'égard des juridictions étatiques dont le rôle du juge de droit commun du droit européen est ainsi respecté* »¹⁷⁴. La Cour va néanmoins aiguiller le juge national en insistant sur les éléments à prendre en considération dans l'analyse et la mise en balance des éléments de droit et de fait. On y retrouve au premier plan, une condition de proximité par la vérification que la situation présente un lien suffisant avec l'Etat dans lequel elle a été établie pour que celui-ci applique son propre droit. En l'espèce, la Cour souligne le fait que le requérant était non seulement domicilié au Royaume-Uni mais de surcroît, avait la nationalité britannique. Le lien était donc suffisant selon la Cour, pour justifier l'application du droit anglais au changement de nom¹⁷⁵. Jouant au contraire en défaveur de la reconnaissance, la Cour pointe le caractère volontaire du changement de nom. Nous pouvons y voir en filigrane, la fraude à la loi ou plus justement au niveau européen l'abus de droit comme motif justifiant le refus de reconnaissance¹⁷⁶. Finalement, le juge de renvoi reconnaît le nom tel que changé au Royaume-Uni.

Un dernier arrêt de la Cour de justice est ici à mentionner de manière plus succincte. Il s'agit de l'arrêt *Freitag* de 2017. L'affaire concernait aussi une reconnaissance en Allemagne d'un changement de nom opéré en Roumanie par un binational (Allemand et Roumain). Dans cette affaire, la Cour va considérer que l'Allemagne ne peut s'opposer à la reconnaissance de ce changement de nom et ce, malgré le fait que le requérant avait sa résidence principale en Allemagne au moment dudit changement. Sa nationalité roumaine étant ainsi jugée suffisante pour empêcher la non-reconnaissance de ce changement de nom en Allemagne¹⁷⁷.

La Cour de Strasbourg a aussi eu l'occasion de se pencher sur une affaire de reconnaissance de nom dans un arrêt *Kismoun c. France*¹⁷⁸ en 2013. Cette affaire concernait un refus de

¹⁷¹ L. RASS-MASSON, « L'ordre public, limite confirmée à la reconnaissance du nom acquis dans un autre état membre de l'union européenne », *Rev. Crit. DIP*, 2017/2, pp. 284-285.

¹⁷² J.-Y. CARLIER, « Le nom en droit international privé », *in op. cit.*, p. 90.

¹⁷³ Arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, précité, point 78.

¹⁷⁴ S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, « Les ordres publics nationaux », in H. FULCHIRON (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Paris, LexisNexis, 2019, p. 219.

¹⁷⁵ L. RASS-MASSON, « L'ordre public, limite confirmée à la reconnaissance du nom acquis dans un autre état membre de l'union européenne », *Rev. Crit. DIP*, 2017/2, pp. 286-287.

¹⁷⁶ *Ibid.* p. 287.

¹⁷⁷ J.-Y. CARLIER, « Le nom en droit international privé », *in op. cit.*, p. 90.

¹⁷⁸ Cour. eur. D.H., *Kismoun c. France* du 5 décembre 2013, n°32265/10.

reconnaissance de l'Etat français, d'un nom acquis conformément au droit algérien. Ce refus catégorique ne mettait pas en balance les intérêts en présence et va dès lors être sanctionné par la Cour pour défaut de motivation. Si ce motif de violation réduit quelque peu la portée de l'arrêt, deux éléments méritent qu'il soit malgré tout évoqué. Tout d'abord, nous évoquons ici cet arrêt car il est intéressant de voir que la Cour insiste sur : « *l'importance pour une personne d'avoir un nom unique* »¹⁷⁹. Elle fait alors explicitement référence à cet égard, à la jurisprudence de la Cour de justice que nous venons d'analyser¹⁸⁰. Cet arrêt permet ensuite d'observer que les droits fondamentaux continuent de jouer leur rôle moteur pour la reconnaissance de situation acquise, même lorsque cette acquisition a lieu dans un pays tiers¹⁸¹.

Section 2 : Aboutissement législatif en Belgique

Il est intéressant d'observer que cette jurisprudence très complète en matière de nom a inspiré le législateur belge. La question reconnaissance du nom établi à l'étranger est désormais réglée par l'article 39 du code de droit international privé qui dispose en son paragraphe 1 : « *Une décision judiciaire ou administrative étrangère ou un acte dressé par une autorité étrangère, concernant la détermination ou le changement de nom ou de prénoms d'une personne, est reconnu si, outre le respect des conditions visées à l'article 25 dans le cas d'une décision judiciaire et aux articles 18 et 21 dans les autres cas :*

1° la détermination ou le changement de nom ou de prénoms est conforme au droit, choisi par cette personne, d'un Etat dont elle a la nationalité au moment de la décision ou de l'acte; ou
2° dans le cas où la décision a été rendue ou l'acte a été dressé dans l'Etat sur le territoire duquel la personne a sa résidence habituelle, la décision ou l'acte est conforme au droit, choisi par cette personne, d'un Etat dont elle a la nationalité ou sur le territoire duquel elle réside au moment de la décision ou de l'acte. »

Nous voyons d'emblée la flexibilité du régime de reconnaissance. L'objectif de cette disposition est assurément, dans la lignée de la jurisprudence européenne, de créer un régime favorisant la reconnaissance de la détermination ou du changement de nom effectué à l'étranger. Les enseignements de la Cour de justice de l'Union européenne par rapport à la libre circulation des personnes au sein de l'Union et à leur identité apparaissent clairement. Le régime de l'article 39 dépasse même la Cour de Luxembourg puisqu'est aussi inclus le nom établi dans un Etat tiers. Nous voyons là la prise en compte de l'arrêt *Kismoun* évoqué ci-dessus.

De cette jurisprudence classique de la Cour de justice découle plusieurs constats.

¹⁷⁹ *Ibid.*, point 36.

¹⁸⁰ *Ibid.*, points 17 et 36.

¹⁸¹ M. FALLON, « Agencement des sources et principes directeurs du statut personnel », *in op. cit.*, p. 42.

Le premier, bien établi, est que la non-reconnaissance par un Etat membre du nom valablement déterminé ou changé dans un autre Etat membre constitue une entrave à la libre circulation du citoyen européen, en ce qu'il implique pour le citoyen européen de *sérieux inconvénients*¹⁸² : « *qui le désavantage du seul fait d'avoir exercé sa liberté de circuler et de séjourner ou est susceptible de le dissuader d'exercer cette liberté* »¹⁸³. Dans le cadre de la problématique qui nous occupe, nous pouvons dès lors affirmer que la formation d'une situation boiteuse en matière de nom est incompatible avec le droit de l'Union européenne. Il y a donc en principe, une obligation de reconnaître le nom valablement déterminé ou changé dans un autre Etat membre.

Plusieurs conditions semblent par ailleurs se dessiner dans la pratique de la Cour.

Tout d'abord, les situations devant faire l'objet d'une reconnaissance sont toutes des situations qui ont été au moins reconnues par une action d'une autorité publique étrangère. Pour reprendre les mots de M. P. Mayer, c'est la condition de cristallisation. Est ainsi visé : « *le mécanisme par lequel l'ordre juridique d'origine de la situation a adopté un point de vue concret, sur la base duquel les parties ont formé des prévisions légitimes et qu'il est demandé à l'ordre juridique d'accueil de reconnaître* »¹⁸⁴. L'intervention d'une autorité publique permet d'aboutir à une présomption de régularité dans l'ordre juridique d'origine ; présomption évidemment moins puissante que lorsqu'il est question de décision judiciaire étrangère.

Ensuite, nous retrouvons la condition de validité dans l'Etat qui a opéré à la détermination ou au changement de nom. Cette condition nécessite l'analyse de la situation créée au regard du droit étranger en ce compris le droit international privé étranger. Certains nomment cette condition « la condition conflictuelle ». Ce vocable permet de montrer que l'abandon de la méthode conflictuelle n'est pas total en ce qu'il perdure au regard du droit du pays d'origine. Nous utiliserons néanmoins les termes « condition de conformité au regard du droit étranger » afin d'éviter toute confusion avec la notion de « contrôle conflictuel » que nous avons analysée dans les causes (*voy. supra, partie 1, Titre 1, section 2*). Nous retrouvons en outre ici, certaines traces de la méthode classique du renvoi. En effet, le renvoi aussi nécessite l'application d'une règle de conflit d'un droit étranger. Cependant cette application, dans la méthode de reconnaissance se réalise en raison de l'établissement de la situation dans l'Etat étranger et non

¹⁸² Aff. *Garcia-Avell*, point 36, Aff. *Grunkin Paul*, points 23,24 et 29, Aff. *Bogendorff von Wolffersdorff*, points 37, 38, 41 et 42.

¹⁸³ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 231.

¹⁸⁴ E. PATAUT, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Trav. Com. fr. DIP 2006-2008*, Paris, Pedone, 2009, p. 80.

en raison de la règle de rattachement du for, ce qui est le cas pour le renvoi¹⁸⁵. Nous voyons aussi des similitudes avec la théorie de droits acquis qui prônait justement l'abandon du contrôle conflictuel au regard du droit du for. La théorie des droits acquis proposait justement ce glissement du contrôle au regard le droit de l'Etat d'origine.

Après, la seconde condition est la condition de proximité. Nous avons eu l'occasion d'insister sur celle-ci lors du commentaire de l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*. Nous remarquons en outre aux vues de l'arrêt *Freitag*, que la nationalité peut suffire à remplir cette condition de proximité entre la situation et l'Etat de son origine.

Enfin, une condition d'effectivité ressort aussi. Il s'agit en fait de vérifier s'il existe réellement une « situation »¹⁸⁶.

Ensuite, il apparaît que l'une des principales causes de la formation de situations boiteuses ne semble pas légitime aux yeux de la Cour : le contrôle conflictuel. En effet, nous le voyons principalement au travers de l'arrêt *Grunkin Paul*. Le droit interne (en ce compris le droit international privé national) doit s'effacer si son résultat mène à la non-reconnaissance du nom tel qu'établi dans un autre Etat membre, en raison des inconvénients graves de cette non-reconnaissance au regard de la liberté de circulation du citoyen européen¹⁸⁷.

Enfin, les motifs de non-reconnaissance liés à l'abus de droit (dans une moindre mesure) et à la contrariété à l'ordre public de l'Etat requis semblent être des causes légitimes de formation de nom boiteux. Nous avons d'ailleurs vu que derrière ces considérations d'ordre public se cachait un respect pour l'identité nationale des Etats membres au cœur du projet européen.

Reprenons une phrase du Professeur Jean-Yves Carlier : « *Les situations boiteuses sont évitées lorsque les règles de reconnaissance des décisions étrangères sont libérales et que seule une atteinte manifeste à l'ordre public fonde un refus de reconnaissance* »¹⁸⁸. Nous pouvons observer que les solutions de la Cour de justice semblent suivre cette voie. L'ouverture large à la reconnaissance est obtenue grâce à l'interprétation large de la liberté de circulation que permet le prisme de la citoyenneté européenne. Le respect de l'identité nationale des Etats membres, permet lui, au titre d'exception d'ordre public, la non-reconnaissance.

Reste à savoir si cette jurisprudence relative à la détermination et au changement de nom peut être étendue aux autres éléments du statut personnel. C'est ce que nous allons observer ci-après.

¹⁸⁵ M. FALLON et S. FRANCO, « La vie familiale internationale », in S. CAP, N. DANDOY et G. WILLEMS (dir.) *Grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Larcier, à paraître, p. 13, note 17.

¹⁸⁶ M. FALLON, « Agencement des sources et principes directeurs du statut personnel », *in op. cit.*, p. 38.

¹⁸⁷ R. BARATTA, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *Recueil des cours*, t. 348, 2011, p. 433.

¹⁸⁸ J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, *op. cit.*, p. 269.

Section 4 : Peut-on généraliser ces solutions à l'ensemble des éléments du statut personnel ?

Le doute restait possible à la lecture notamment des conclusions de l'Avocate générale E. Sharpston dans l'affaire *Grunkin Paul*. En effet, elle y écrivait ses réserves quant à la possible extension des enseignements tirés en matière de reconnaissance du nom. Était dès lors souligné le caractère particulier, de par sa fonction d'identification, qu'occupait le nom au sein des éléments du statut personnel. Et de clôturer : « *je ne pense pas qu'une décision portant sur les noms devrait nécessairement être étendue par extrapolation à ces autres matières (relevant du statut personnel)* »¹⁸⁹. Certains auteurs ont souligné le mot « nécessairement » qui laisse alors, malgré ces réserves, la porte ouverte¹⁹⁰.

Se poser la question de l'extension de l'acquis jurisprudentiel en matière de nom à l'ensemble des éléments du statut personnel revient à se demander si une non-reconnaissance d'un autre élément que le nom peut être considérée comme une entrave à la libre circulation du citoyen telle que reconnue à l'article 21 TFUE. Or nous avons vu que pour justifier une telle entrave en matière de nom, la Cour a utilisé le concept d'inconvénients sérieux.

Un cantonnement de cet acquis au seul élément du statut personnel qu'est le nom semble difficilement tenable. En effet, un refus de reconnaissance d'un autre élément du statut personnel que le nom patronymique, est assurément de nature à impliquer des inconvénients sérieux dans le chef du citoyen européen ou, à tout le moins, de nature à désavantager le citoyen européen dans l'exercice de sa liberté de circulation¹⁹¹. Une situation familiale boiteuse concernant le mariage ou la filiation par exemples, emporterait des inconvénients bien plus graves encore que les problèmes engendrés par un nom boiteux¹⁹².

De plus, dans l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, la Cour souligne que le nom concerne bien la vie privée et familiale du citoyen en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille. Dès lors celui-ci doit être respecté au titre du droit à la vie privée et familiale visé dans l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux, mais aussi à l'article 8 de la CEDH. Or, il apparaît que si l'obligation de reconnaissance (qui est le principe) se rattache au respect de ce droit fondamental, « *alors a fortiori cet objectif de reconnaissance doit-il trouver à s'appliquer à l'égard des autres éléments relevant de la vie privée et familiale* »¹⁹³.

Nous allons le voir dans la section suivante, la jurisprudence récente de la Cour de justice

¹⁸⁹ Conclusion de l'Avocate générale E. Sharpston, présentée le 24 avril 2008 dans l'affaire *Grunkin Paul*, précitée, point 93.

¹⁹⁰ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 243.

¹⁹¹ *Ibid.* pp. 217-231.

¹⁹² L. RASS-MASSON, « L'ordre public, limite confirmée à la reconnaissance du nom acquis dans un autre état membre de l'union européenne », *Rev. Crit. DIP*, 2017/2, p. 289.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 282.

semble aller en ce sens.

Section 5 : Les extensions effectivement réalisées par la Cour de justice

Les deux affaires qui suivent montrent que l'extension semble en effet se préparer en ce qui concerne le mariage (en l'occurrence entre personnes de même sexe) ainsi que potentiellement dans une affaire pendante en ce qui concerne la filiation.

L'arrêt *Coman*¹⁹⁴ rendu en 2018 semble être l'illustration de cette possibilité de transposer l'acquis jurisprudentiel en matière de reconnaissance de nom. En plus de mettre en application cet acquis, nous allons voir que cet arrêt l'affine.

Cette affaire traite de la reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe. En l'espèce il s'agissait d'un couple entre Monsieur Coman (citoyen roumain et américain) et Monsieur Hamilton (citoyen américain). Après quatre ans de vie commune, le couple décida de se marier en Belgique. Deux ans après ce mariage, le couple prit la décision de s'installer dans le pays de nationalité de Monsieur Coman : la Roumanie. Or, la Roumanie interdit explicitement dans son Code civil le mariage entre personnes de même sexe ainsi que la reconnaissance de ce mariage conclu ou contracté à l'étranger. Nous vous le donnons en mille : sur cette base, la Roumanie refusa de reconnaître le mariage et donc d'accorder un droit de séjour de plus de trois mois à Monsieur Hamilton en tant que conjoint de Monsieur Coman. Coman et autres ont alors soulevé une exception d'inconstitutionnalité. La Cour constitutionnelle de Roumanie décida finalement de poser une question préjudicielle en interprétation de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres¹⁹⁵. La Cour va alors consacrer une obligation pour les États membres de reconnaître « un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers »¹⁹⁶. Cette obligation, poursuit la Cour, ne porte pas atteinte à l'institution du mariage en Roumanie, n'est de nature à menacer l'ordre public de cet État et ne méconnaît pas son identité nationale¹⁹⁷.

Tout d'abord, il faut insister sur le fait que la question qui est posée ici n'est pas à proprement parlé une question de reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe. En effet, cette affaire concerne en fait la reconnaissance des effets civils d'une telle union qui concerne pour

¹⁹⁴ C.J.U.E., *Coman*, 5 juin 2018, C-673/16, (ECLI:EU:C:2018:385).

¹⁹⁵ *Ibid.* points 9-17. ; Directive 2004/38/CE du Parlement et du Conseil, du 29 avril 2004, J.O.U.E., L 158 du 30 avril 2004, p. 77 et rectificatifs J.O.U.E., L 229 du 29 juin 2004, p. 35 et L 197 du 28 juillet 2005, p. 34.

¹⁹⁶ Aff. *Coman*, précitée, point 46.

¹⁹⁷ *Ibid.*, points 45-46.

cette affaire le séjour du conjoint. Néanmoins, toute la portée de l'arrêt se situe à la dernière phrase du point 45 dans laquelle la Cour affirme que l'obligation qu'elle consacre est : « *limitée à l'obligation de reconnaître de tels mariages, conclus dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, et cela aux seules fins de l'exercice des droits que ces personnes tirent du droit de l'Union* »¹⁹⁸. Cette phrase montre bien que si dans l'affaire *Coman* c'est la question de la libre circulation et du droit de séjour dérivé qui est visée par la reconnaissance, une même obligation existerait aussi pour *assurer l'exercice* [d'autres] *droits que ces personnes tirent du droit de l'Union*. C'est en ce sens que certains auteurs parlent de potentiel énorme de l'arrêt¹⁹⁹. Le probable « effet boule de neige » est aussi de nature à relativiser la portée limitée de l'arrêt. Nous entendons par là les droits qui seront conférés aux deux époux dans leur vie de tous les jours en Roumanie, une fois le séjour admis.

Ensuite, les considérations sur la notion de conjoint sont aussi de nature à accorder une importance forte à l'arrêt. La Cour précise en effet que la notion de conjoint au sens de la directive 2004/38 est « *neutre du point de vue du genre* ».

Mais ce qui nous intéresse le plus, ce sont l'ensemble des éléments de la méthode de reconnaissance en construction qui ressortent effectivement du raisonnement de la Cour. Nous retrouvons dans *Coman*, l'ensemble des conditions d'une méthode en construction évoquée ci-avant. Si dans la jurisprudence en matière de nom patronymique, ces conditions pouvaient se retrouver en filigrane et en combinant le raisonnement des différents arrêts, l'arrêt *Coman* semble en faire explicitement la synthèse :

- La condition de proximité : la Cour vise en effet un mariage conclu avec un citoyen européen dans un Etat membre dont il est ressortissant, et dans lequel il résidait effectivement (§40)
- La condition de conformité au regard du droit étranger ou condition conflictuelle : la Cour précise que le mariage conclu doit l'être : « *conformément au droit de celui-ci* » (§45). En l'espèce, la conclusion du mariage a été possible grâce au deuxième alinéa de l'article 46 du Codip. La règle de conflit de loi, en ce qui concerne les conditions de fond du mariage est une règle distributive : c'est le droit national de chacun des époux qui s'appliquera. Néanmoins, l'alinéa 2 de l'article 46 contient une clause d'ordre public négative qui prévoit que le droit normalement applicable peut être écarté « *si cette*

¹⁹⁸ *Ibid.*, point 45 *in fine*.

¹⁹⁹ A. TRYFONIDOU, «Free movement of same-sex spouses within the EU: The ECJ's *Coman* Judgment», Free Movement of Same-Sex Spouses within the EU: The ECJ's *Coman* judgment – European Law Blog., consulté le 25 avril 2021.

*disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit permet un tel mariage »*²⁰⁰. En l'occurrence, c'est le droit roumain qui a donc été écarté.

- La condition d'effectivité : l'entrave potentielle au droit de mener une vie familiale doit être appréciée au regard des droits fondamentaux, à savoir l'article 7 de la Charte et l'article 8 de la CEDH qui a la même portée²⁰¹. La Cour fait d'ailleurs une référence explicite à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (§§47-50). L'ensemble de ces références communes liées à la portée large de l'arrêt ont poussé certains auteurs à parler d'un ordre public européen en construction. Si ce n'est pas un ordre public de valeurs à contenus uniformes qui est imposé dans cet arrêt, il y a toutefois, en puissance, une référence à des valeurs communes²⁰².
- La possibilité de refus de reconnaissance en cas de contrariété à l'ordre public ou de fraude à la loi : les deux exceptions sont citées par la Cour. L'ordre public, précise cette dernière, doit être interprété de façon stricte (§44). Il est d'ailleurs assez significatif d'observer que la Cour cite l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, mais pas *Sayn-Wittgenstein*. Certains en concluent que ce dernier arrêt peut être considéré comme un arrêt « *isolé et regretté* »²⁰³. La fraude à la loi peut aussi justifier un refus de reconnaissance en fonction des circonstances d'espèce²⁰⁴.

L'arrêt *Coman* présente enfin les contours d'une limite légitime à la reconnaissance dont il a déjà été question dans la jurisprudence classique en matière de nom : l'identité nationale des Etats membres. En effet, la Cour fait une différence importante entre le fait de reconnaître une situation *aux seules fins de l'exercice des droits que les personnes tirent du droit de l'Union*, et l'organisation dans le droit interne de l'Etat membre d'accueil d'un moyen de création d'une telle situation. La reconnaissance semble sortir des considérations d'identité nationale alors que le bouleversement du droit interne d'un Etat membre reste lui protégé par ce respect dû à l'identité nationale des Etats membres. La montée en puissance du respect des droits fondamentaux et l'ordre public européen en construction ont sans doute participé à cette précision.

²⁰⁰ Article 46, alinéa 2 du Codip.

²⁰¹ M. FALLON, « Agencement des sources et principes directeurs du statut personnel », *in op. cit.*, p. 41.

²⁰² J.-Y. CARLIER, « Vers un ordre public européen des droits fondamentaux. L'exemple de la reconnaissance des mariages de personnes de même sexe dans l'arrêt *Coman* (obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Coman*, 5 juin 2018) », *Rev. Trim. D.H.*, 2019/117 pp. 222-227. Et le commentaire oral du Professeur Carlier sur cette question dans le cadre du cours de Condition des personnes au sein de l'Union européenne année 2020-2021.

²⁰³ *Ibid.* p. 222.

²⁰⁴ M. FALLON, « Agencement des sources et principes directeurs du statut personnel », *in op. cit.*, p. 41.

Une seconde affaire qui peut aussi traduire l'extension de la méthode de reconnaissance en construction est l'affaire pendante C-490/20 *V.M.A. c. Stoliczna obshtina, rayon « Pancharevo »* (Commune de Sofia, arrondissement de Pancharevo)²⁰⁵. L'affaire concerne une famille composée d'un enfant et de ses parents : deux femmes mariées. L'une des femmes est Bulgare, l'autre Britannique. L'enfant est né en Espagne et cet Etat a délivré un acte de naissance désignant les deux femmes en tant que parents de l'enfant. La requérante (mère ressortissante bulgare) a dès lors demandé à l'autorité compétente de Bulgarie de délivrer un acte de naissance pour sa fille sur lequel serait alors inscrites les deux femmes en tant que mères de l'enfant²⁰⁶. La commune de Sofia a rejeté cette demande au motif que : « *l'inscription dans un acte de naissance de deux parents de sexe féminin est contraire à l'ordre public de la Bulgarie, qui n'autorise pas les mariages entre deux personnes de même sexe* »²⁰⁷. Il est donc question ici de la reconnaissance d'un lien de filiation.

Sans entrer dans les considérations techniques propres au cas d'espèce, il est intéressant d'observer que l'Avocate générale Kokott va s'appuyer sur l'acquis jurisprudentiel développé ci-avant. Les enseignements de l'arrêt *Coman* sont centraux dans le développement des conclusions. En effet, comme dans l'affaire *Coman*, il est ici question d'analyser l'étendue de la notion d'identité nationale des Etats membres protégée par l'article 4 paragraphe 2 du TUE. L'Avocate générale va reprendre cette idée selon laquelle une « *obligation de reconnaissance aux seules fins de l'exercice des droits que les citoyens de l'Union tirent du droit de l'Union, ne méconnaît pas l'identité nationale de l'Etat membre concerné* »²⁰⁸. Nous retrouvons aussi dans les conclusions un examen de la proportionnalité à la lumière des droits fondamentaux. Les conclusions reprennent alors l'article 7 de la Charte qui (toujours en s'appuyant sur l'affaire *Coman*) « *englobe les relations familiales qui se sont développées dans le cadre d'une relation entre personnes de même sexe* »²⁰⁹, ainsi que l'article 8 de la CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Nous voyons à nouveau cette idée d'un ensemble de références communes aux Etats membres qui influence ces questions de reconnaissance. L'ensemble de ces considérations va amener l'Avocate générale Kokott à proposer à la Cour de justice de conclure que : «

²⁰⁵ C.J.U.E., *V.M.A. c. Stoliczna obshtina, rayon « Pancharevo »*, C-490/20, conclusion de l'Avocate générale Kokott présentées le 15 avril 2021. Disponible sur Curia : <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=239902&doclang=FR>.

²⁰⁶ *Ibid.*, points 16-27.

²⁰⁷ *Ibid.*, point 20.

²⁰⁸ *Ibid.*, point 94.

²⁰⁹ *Ibid.*, point 112.

- 1) *Un État membre est tenu, en vertu de l'article 4, paragraphe 3, de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, de délivrer à un enfant, ressortissant de cet État membre, d'un couple de deux femmes qui sont désignées dans l'acte de naissance ayant été délivré par l'État membre de naissance et de résidence en tant que mères de cet enfant, un document d'identité et les documents de voyage nécessaires faisant mention de ces deux femmes en tant que parents de celui-ci, même si le droit de l'État membre d'origine de l'enfant ne prévoit ni l'institution du mariage entre personnes de même sexe ni la maternité de l'épouse de la mère biologique d'un enfant. L'article 21, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens que cet État membre ne peut pas non plus refuser, pour ces mêmes motifs, de reconnaître les liens de parenté entre cet enfant et les deux femmes désignées en tant que ses parents dans l'acte de naissance délivré par l'État membre de résidence aux fins de l'exercice des droits créés, dans le chef de cet enfant, par le droit dérivé de l'Union relatif à la libre circulation des citoyens.*
- 2) *L'article 21, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'un État membre ne peut pas refuser de reconnaître les liens de parenté, établis dans l'acte de naissance d'un autre État membre, entre l'une de ses ressortissantes, son épouse et leur enfant aux fins de l'exercice des droits créés, dans le chef de cette ressortissante, par le droit dérivé de l'Union relatif à la libre circulation des citoyens, au motif que le droit interne de l'État membre d'origine de cette femme ne prévoit ni l'institution du mariage entre personnes de même sexe ni la maternité de l'épouse de la mère biologique d'un enfant. Ceci vaut indépendamment de la question de savoir si la ressortissante de cet État membre est ou non la mère biologique ou légale de cet enfant en vertu du droit de son État membre d'origine et de la nationalité de l'enfant.*
- 3) *L'invocation de l'identité nationale au sens de l'article 4, paragraphe 2, TUE peut justifier le refus de reconnaître la filiation d'un enfant à l'égard d'un couple marié de deux femmes, telle qu'elle a été établie sur l'acte de naissance délivré par l'État membre de résidence de l'enfant, aux fins de l'établissement d'un acte de naissance de son État membre d'origine ou de celui de l'une de ces deux femmes, déterminant la filiation de cet enfant au sens du droit de la famille de ce dernier État membre ».*

Nous le voyons bien, l'arrêt *Coman* semble avoir ouvert une porte vers la reconnaissance des situations acquises dans un autre Etat membre, quand celle-ci se fait aux fins de l'exercice des droits créés par le droit de l'Union. L'identité nationale reste néanmoins, comme le montre le point 3), un rempart contre le bouleversement du droit de la famille interne des Etats membres. Reste à savoir si la Cour suivra ce prolongement de l'arrêt *Coman*, ou au contraire reviendra sur cet acquis. Notons enfin que cet arrêt aura son importance car elle déterminera la direction d'une autre affaire pendante, plus récente encore, très proche de celle-ci²¹⁰.

L'ensemble des développements qui ont précédés nous permet d'observer une méthode de reconnaissance qui se précise arrêt après arrêt. A l'origine propre au nom patronymique, couvrant le mariage ensuite et bientôt peut-être la filiation, cette méthode de reconnaissance semble aujourd'hui destinée à régler l'ensemble des éléments du statut personnel du citoyen. Pour reprendre les mots de S. Pfeiff, petit à petit la Cour de justice semble consacrer un « *droit fondamental à la stabilité internationale du statut personnel du citoyen européen* »²¹¹.

Le discours de la Présidente Von Der Leyen sur l'état de l'Union va d'ailleurs en ce sens : « *I will also push for mutual recognition of family relations in the EU. If you are parent in one country, you are parent in every country* »²¹². Cela montre que le pouvoir politique, lui aussi, semble prêt à travailler sur ces questions ; à voir si tous les Etats membres arrivent à trouver un accord sur des sujets aussi délicats. L'aboutissement législatif au niveau européen ne semble pas être pour tout de suite.

Le titre suivant s'intéressera à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Nous verrons alors qu'également du côté de Strasbourg, une méthode se construit.

Titre 3 : Solution basée sur le respect des droits fondamentaux

Introduction au concept d'adaptation

La théorie de l'adaptation ou de l'équivalence des institutions est une solution qu'il convient d'aborder dans un sens large. Elle « *vise toute modification dans l'ordonnement du système juridique tel que conçu pour régir les situations normales* »²¹³.

Est alors visé ici, le fait d'adapter le droit matériel interne au caractère international d'une situation donnée dans le but de garantir une permanence du statut personnel ainsi qu'une cohérence de l'ordre juridique national²¹⁴. La doctrine récente semble aujourd'hui s'intéresser

²¹⁰ C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*.

²¹¹ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 343.

²¹² Discours du 16 septembre 2020 sur l'état de l'Union, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/SPEECH_20_1655, consulté le 17 mai 2021.

²¹³ M. FALLON, « La Théorie de l'adaptation au secours de l'ordre public dans les adoptions internationales ? », *R.T.D.F.*, 1983/2, p. 138.

²¹⁴ M. FALLON et S. FRANCO, « la vie familiale internationale », *op. cit.*, Larcier, à paraître, p. 25.

à nouveau à cette technique ancienne²¹⁵.

Aboutissant à des solutions semblables nous verrons dans cette partie que c'est bien le respect des droits fondamentaux et plus particulièrement le respect de la vie familiale effective qui sera le moteur de la Cour européenne des droits de l'Homme vers ces solutions adaptées. Il apparaît alors que le fait que la Cour de Strasbourg soit de plus en plus sollicitée sur des questions de droit international privé (essentiellement familiales) l'influence par l'intégration de concepts qui lui sont chers. Nous nous attarderons plus en détails sur les raisonnements de la Cour afin de montrer cette logique qui lui est propre. Nous commencerons par évoquer les premières illustrations de la méthode de la Cour de Strasbourg en matière de reconnaissance d'adoption (*section 1*). Nous verrons ensuite que la méthode s'est affinée en matière de reconnaissance de mariages entre personnes de même sexe (*section 2*) et en matière de reconnaissance d'un lien de filiation issu d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger (*section 3*). Nous analyserons enfin si l'acquis peut être étendu à une autre institution proche mais différente de la filiation : la *Kafala* (*section 4*).

Section 1 : Premières illustrations de la méthode d'adaptation en matière d'adoption

La base jurisprudentielle de la Cour de Strasbourg en matière de reconnaissance commence avec l'arrêt *Wagner*²¹⁶. L'affaire concernait le refus de reconnaissance au Luxembourg d'un acte d'adoption plénier établi au Pérou, pays de naissance de l'enfant adopté. L'adoptante avait la nationalité luxembourgeoise et était célibataire.

Comme dans l'affaire *Grunkin Paul*, c'est le contrôle conflictuel qui va être la source du problème. En effet, le refus de reconnaissance se fondait sur la règle de conflit de lois luxembourgeoise qui prévoyait alors que la conformité de l'acte en question (l'acte d'adoption) devait s'apprécier au regard de la loi nationale de l'adoptant. Or cette loi disposait que seul l'adoption simple était ouverte à un adoptant célibataire. Sur cette base, l'adoption plénier valablement conclue au Pérou n'a pas été reconnue par les autorités luxembourgeoises au motif donc qu'elle n'aurait pas pu être prononcée dans les mêmes circonstances au Luxembourg. Il est important de souligner que, ce faisant, les autorités luxembourgeoises mettent fin à une pratique administrative constante antérieure qui avait permis à plusieurs femmes célibataires de se faire reconnaître des adoptions plénieres conclues au Pérou. Notons en outre qu'à la suite de ce refus, la requérante a obtenu la reconnaissance de ce qui pouvait valablement se constituer

²¹⁵ Y. NISHITANI, « Identité Culturelle en Droit International Privé de la Famille », *Recueil des cours*, t. 401, 2019, pp. 271-316. ; A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *Recueil des cours*, t. 341, 2009, point 143, pp. 238-243.

²¹⁶ Cour. eur. D.H., arrêt *Wagner c. Luxembourg* du 28 juin 2007, n°76240/01.

au Luxembourg : une adoption simple.

Cela n'était pas suffisant selon la requérante ; d'où le recours à Strasbourg. La requérante, dans sa demande, va clairement orienter le débat sur la question de savoir s'il est permis, au regard de la Convention et de son article 8, de remettre en question une situation d'Etat civil valablement créée à l'étranger²¹⁷. La Cour conclura que le refus de reconnaissance constitue une violation de l'article 8 de la CEDH, outre l'article 14.

Pour conclure à la violation de l'article 8 de la Convention, la Cour va adopter un raisonnement en deux temps. Dans un premier temps, la Cour va analyser si la situation concrète est couverte par l'article 8 de la Convention. La question est importante puisqu'une fois dans ce champ protecteur, l'activation de l'article 8 de la Convention engendre alors des obligations de deux ordres pour les Etats parties : une obligation négative de ne pas s'ingérer dans ce droit à la vie privée et familiale des individus mais aussi des obligations positives d'adopter des mesures raisonnables et adéquates protégeant la vie familiale déjà constituée et permettant alors un respect effectif dudit droit²¹⁸. C'est en ce sens que, dans un second temps, l'analyse de la Cour portera sur la légitimité de l'ingérence commise par les autorités luxembourgeoises. Le principe de proportionnalité et l'examen de la situation concrète seront centraux dans le raisonnement de la Cour.

Sur la couverture de l'article 8 de la situation présentée devant la Cour, c'est bien la confiance légitime de la requérante envers la stabilité de celle-ci qui va être déterminante. Déjà à ce stade, l'examen concret de la situation permettait de conclure à la légitimité des attentes de la requérante eu égard à la pratique administrative antérieure constante des autorités luxembourgeoises. Le choix du Pérou était à cet égard démonstratif²¹⁹.

Sur le bien-fondé de l'ingérence à ce droit à la vie privée et familiale, la Cour de Strasbourg ne va pas critiquer le contrôle conflictuel en soi. Elle va même affirmer que ce contrôle est l'expression d'une certaine « prudence » dans l'accueil de cette situation établie à l'étranger²²⁰. C'est en revanche l'application rigide et automatique de ce contrôle que la Cour va critiquer. En effet, une telle application montre alors des lacunes en termes de proportionnalité et dans l'analyse concrète de la situation. Nous pouvons souligner à cet égard que si la Cour est amenée à traiter de litiges touchant au droit international privé, elle reste néanmoins dans son rôle.

²¹⁷ P. KINSCH, « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », note sous Cour eur. D.H., *Wagner D.H. et J.M.W.L. c. Luxembourg*, 28 juin 2007, *Rev. crit. DIP*, 2007, pp. 808-809.

²¹⁸ *Ibid.* p. 816.

²¹⁹ P. KINSCH, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, pp. 50-51.

²²⁰ Aff. *Wagner*, précité, point. 126.

Celui-ci est bien de s'intéresser aux solutions concrètes pour les individus et d'observer dans quelle mesure celles-ci sont conformes aux droits fondamentaux. Les moyens par lesquels les Etats arrivent à ladite solution concrète (*in casu*, le contenu de la règle de rattachement du droit international privé luxembourgeois) n'intéressent pas la Cour²²¹.

Au regard de la proportionnalité, l'harmonisation au sein du Conseil de l'Europe sur la question de l'adoption plénière va quelque peu réduire la marge d'appréciation de l'Etat luxembourgeois dans la balance des intérêts en présence ; cet Etat étant alors isolé sur cette question.

Sur l'examen de la situation concrète, il aurait alors dû mettre en lumière la réalité sociale qui se cachait derrière l'adoption plénière. Il existait en effet entre la requérante et l'enfant adopté au Pérou, des liens familiaux *de facto* que les autorités luxembourgeoises devaient prendre en considération au titre de l'article 8 de la CEDH. Ces liens familiaux *de facto* étant alors établis, des obligations positives incombaient aux autorités luxembourgeoises afin de rendre effectif la protection prévue par cet article 8 de la CEDH. Cet article engendre en effet, des obligations positives qui doivent s'interpréter à lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans ces affaires²²². Ces obligations positives enjoignent alors l'Etat « *d'agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille* »²²³. La Cour va en outre pointer la bonne foi des parties dans la procédure laissant entendre en filigrane la possibilité de refuser la reconnaissance en cas de fraude à la loi²²⁴. Et la Cour de conclure que le Luxembourg ne pouvait donc, aux vues de ces considérations, « *passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale* »²²⁵. Le droit matériel luxembourgeois doit dès lors s'adapter afin d'assurer l'effectivité du droit au respect de la vie familiale.

Une autre affaire au contexte factuel très similaire va venir affiner cette jurisprudence *Wagner*. Il s'agit de l'affaire *Négrépontis-Giannisis c. Grèce*²²⁶. En l'espèce il s'agissait d'une adoption entre un oncle et son neveu majeur conclue aux Etats-Unis au Michigan. Le problème de reconnaissance est intervenu après la mort de l'adoptant au cours d'un litige essentiellement successoral. En effet, l'adoption fut contestée par la sœur du défunt au motif que celui-ci était un adoptant grec moine orthodoxe et qu'à ce titre il n'avait pas la capacité d'adopter. Le jugement d'adoption américain ne pouvait donc pas être reconnu. La Cour de cassation grecque

²²¹ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 182.

²²² Aff. *Wagner*, précité, points 120 et 133.

²²³ *Ibid.*, points 118-120.

²²⁴ *Ibid.*, points 102, 130 et 155.

²²⁵ *Ibid.*, point 133.

²²⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Négrepontis-Giannisis c. Grèce* du 3 mai 2011, req. n° 56759/08.

va aller en ce sens et va conclure que la reconnaissance de ce jugement ne peut se faire car cela heurterait l'ordre public international.

La Cour européenne des droits de l'Homme va garder la même logique que dans l'affaire *Wagner*, tout en affinant l'acquis sur quelques points. Tout d'abord, si les attentes légitimes en la stabilité de la situation acquise restent la clé d'entrée pour entrer dans le champ de protection de l'article 8 de la Convention, un élément objectif vient s'ajouter afin de vérifier le caractère légitime. La Cour fait en effet valoir que la confiance légitime pouvait se déduire, en plus du comportement ultérieur des parties (la relation adoptive de l'adoptant et son neveu a duré 14 ans), du lien entre la situation et l'Etat d'établissement de celle-ci. Nous retrouvons ici une condition de proximité²²⁷. Ensuite, la Cour va admettre l'exception d'ordre public comme motif légitime de non-reconnaissance. Le refus sera néanmoins sanctionné par la Cour dans son contrôle de proportionnalité. La disposition religieuse soulevée par la Cour suprême grecque était trop ancienne et ne reflétait plus les valeurs actuelles de la société grecque. Certains pointent ici une sorte de contrôle européen visant à vérifier si les valeurs soulevées au titre de l'ordre public international sont bien en phase avec l'évolution de la société²²⁸.

De ces deux jurisprudences plusieurs choses à retenir. Tout d'abord, c'est bien le champ protecteur de l'article 8 de la CEDH qui favorise la reconnaissance, et plus particulièrement l'effectivité du droit à la vie familiale. La clé d'entrée de ce champ protecteur est la confiance légitime qu'ont les intéressés en la stabilité de leur situation acquise à l'étranger. Pour conclure à la légitimité de cette confiance la Cour prend en compte des éléments subjectifs (une pratique administrative antérieure constante dans *Wagner* ou la longue durée de la filiation adoptive dans *Négrépontis*) mais aussi des éléments objectifs, à savoir le lien entre la situation et l'Etat dans lequel elle est née. Nous retrouvons là encore une certaine condition de proximité. Nous notons en outre une condition de conformité de la relation avec le droit étranger, en ce compris ses règles de conflits de lois ; c'est la condition conflictuelle. Après, tant la fraude à la loi que la contrariété à l'ordre public international semblent être de nature à pouvoir justifier un refus de reconnaissance ; étant entendu que ledit refus reste proportionné.

Enfin, et c'est ce qui nous intéresse ici : nous pouvons observer que rendre effectif le respect à la vie familiale passe notamment par l'adaptation du droit matériel national. Cette adaptation permet alors de résoudre le caractère boiteux de la situation.

²²⁷ P. KINSCH, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, Paris, Pedone, 2013, pp. 50-51.

²²⁸ *Ibid.*, p. 54

Section 2 : Affinement de la méthode en matière de mariages entre personnes de même sexe

Un arrêt de 2017 nous éclaire un peu plus sur la méthode de la Cour européenne des droits de l'Homme. C'est l'arrêt *Orlandi et autres c. Italie*²²⁹.

Cet arrêt concernait plusieurs affaires dans lesquelles l'Etat italien refusait de reconnaître ou d'enregistrer des mariages entre personnes de même sexe valablement contractés dans des Etats qui avaient donc ouvert cette institution aux couples homosexuels. Ce n'était pas le cas de l'Italie. Les différents refus de reconnaissance étaient fondés tantôt sur le contrôle conflictuel au regard des règles de conflit du for, tantôt sur l'exception de l'ordre public.

La Cour va tout d'abord rester prudente en admettant que les Etats sont encore libres de n'ouvrir le mariage aux seuls couples hétérosexuels²³⁰. La Cour ne va donc pas sanctionner l'Etat italien pour cette non-ouverture²³¹. Cependant, la Cour va pointer l'absence de toute reconnaissance juridique en Italie à ces couples valablement mariés dans un autre Etat. C'est donc ce vide juridique, niant la réalité sociale que représente le mariage de ces couples que la Cour va sanctionner²³². Selon la Cour, la qualité de marié constitue « *a facets of an individual's existence and identity* »²³³.

Une fois de plus la Cour s'est fondée sur l'article 8 CEDH et des obligations (positives et négatives) qui en découlent pour les Etats parties. La Cour cite d'ailleurs à cet égard l'arrêt *Wagner*²³⁴. Nous renvoyons en ce qui concerne ces obligations aux développements ci-dessus. D'un point de vue méthodologique, il est cependant important de relever à nouveau que ce qui compte pour la Cour de Strasbourg, c'est bien que le droit à la vie privée et familiale soit respecté. La Cour ne va donc pas faire de différence entre les refus fondés sur l'ordre public et ceux fondés sur le contrôle conflictuel ; ce qui importe c'est que l'Etat italien adapte son droit interne afin d'éviter d'enfreindre la Convention européenne des droits de l'Homme. En l'occurrence, avant que la Cour ne rende son arrêt l'Etat italien avait institué dans son droit interne « l'union civile » pour les couples homosexuels. Les mariages entre personnes de même sexe valablement conclus à l'étranger était depuis lors « reconnu » en union civile. La Cour dans son arrêt considère que cette introduction est suffisante pour respecter les obligations positives découlant de l'article 8 CEDH. Il reste néanmoins qu'avant cette évolution législative,

²²⁹Cour eur. D.H., *Orlandi/Italie*, 14 décembre 2017, n° 26431/12.

²³⁰*Ibid.*, point 192.

²³¹*Ibid.*, point 207.

²³²*Ibid.*, point 209.

²³³*Ibid.*, point 206. Trad. libre : « un aspect de l'existence individuelle et de l'identité ».

²³⁴*Ibid.*, point 197.

l'Etat italien était en violation de ce droit au respect de la vie privée et familiale de ces différents couples de requérants. Nous voyons donc une nouvelle fois cet aménagement raisonnable du droit interne exigé par la Cour afin de se conformer au standard de la Convention. Nous verrons plus en détail dans la section suivante que la Cour poursuit en ce sens.

Il est enfin intéressant de mentionner que cette jurisprudence a été expressément reprise par la Cour de justice dans l'arrêt *Coman*²³⁵. Nous remarquons d'ailleurs que la Cour de Strasbourg apparaît plus prudente que sa voisine. Cette prudence a d'ailleurs été critiquée en doctrine²³⁶.

Section 3 : Affinement de la méthode en matière de filiation : le cas de la gestation pour autrui

Toujours en ce qui concerne la filiation, la Cour européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion de se pencher sur la conformité de la non-reconnaissance d'un lien de filiation issu d'une gestation pour autrui avec le droit au respect à la vie privée et familiale.

L'affaire qui fait référence sur cette question est la célèbre affaire *Mennesson* pour laquelle la Cour s'est exprimée à deux titres : dans un arrêt²³⁷ et ultérieurement dans un avis consultatif²³⁸. Cette affaire concerne Monsieur et Madame Mennesson et leurs deux enfants. Incapable de mener leur projet parental par voie naturelle, le couple Mennesson s'est rendu aux Etats-Unis en Californie pour avoir recours à une gestation pour autrui (ci-après GPA). De cette GPA sont nées des jumelles. Peu après la naissance de celles-ci, lors de leur retour en France, le couple fit transcrire les actes de naissances étrangers des enfants sur les registres d'état civil français. Ces actes désignaient Monsieur Mennesson comme père génétique et Madame Mennesson comme mère légale des jumelles. Cependant, en 2003, le procureur de la République annule cette transcription en invoquant la violation des principes d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes. Les juges civils (Cour d'appel et Cour de cassation) confirment cette annulation. A la suite d'un long contentieux judiciaire, le couple Mennesson et leurs enfants saisissent la Cour européenne des droits de l'Homme invoquant la violation de leur droit au respect de la vie privée et familiale consacré à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²³⁹.

C'est en 2014 que la Cour a rendu son arrêt. Comme dans l'affaire *Wagner*, c'est bien la solution concrète et sa conformité avec l'article 8 de la Convention qui va intéresser la Cour, laissant de

²³⁵ Aff. *Coman*, précitée, point 50.

²³⁶ Cl. POPPELWELL- SCEVAK, « Oliari, Orlandi and Homophobic Dissenting Opinions : The Strasbourg Approach to the recognition of same-sex marriages », 2 février 2018, Disponible sur Strasbourg Observers : <https://strasbourgobservers.com/2018/02/02/oliari-orlandi-and-homophobic-dissenting-opinions-the-strasbourg-approach-to-the-recognition-of-same-sex-marriages/>, consulté le 26 juin 2021.

²³⁷ Cour. eur. D.H., *Mennesson c. France* du 26 juin 2014 n° 65192/11.

²³⁸ Cour eur. D.H., avis consultatif du 10 avril 2019, n° P16-2018-001.

²³⁹ Arrêt *Mennesson*, précité, points 7-27.

côté l'analyse des moyens par lesquels l'Etat français y est arrivé.

La Cour arrive à la considération que le refus de transcription des actes de naissance constituait une ingérence tant dans le droit au respect de la vie familiale des requérants que dans le droit au respect de la vie privée des jumelles²⁴⁰. Elle accepte en outre l'objectif légitime de l'Etat français de protéger la santé et les droits et libertés d'autrui par ce refus de reconnaissance²⁴¹. C'est donc dans l'analyse de proportionnalité que les divergences vont apparaître. Notons que pour cette analyse, la Cour reconnaît que la marge d'appréciation est large compte tenu des questions éthiques sensibles que pose cette affaire et l'absence de consensus sur ces questions au sein du Conseil de l'Europe²⁴². Néanmoins la Cour ajoute deux éléments de nature à atténuer cette large marge d'appréciation : le fait que le refus touche à la filiation (« *un aspect essentiel de l'identité des individus* ») et l'intérêt supérieur de l'enfant²⁴³. Ces dernières considérations vont amener la Cour à séparer l'analyse de la solution de la juridiction française, d'une part au regard du droit au respect familial des quatre requérants (parents et jumelles) et, d'autre part, au regard du respect à la vie privée des jumelles.

La Cour va considérer qu'en l'espèce il n'y avait pas de violation en ce qui concerne le droit à la vie familiale des requérants. En effet, selon la Cour, il existe dans la solution de la Cour de cassation française un juste équilibre entre les intérêts des requérants, face aux difficultés concrètes engendrées par l'absence de reconnaissance du lien de filiation et l'intérêt de l'Etat français au regard de la marge d'appréciation dont il dispose sur cette question²⁴⁴.

Cependant, il en ira autrement en ce qui concerne le droit à la vie privée des jumelles. Considérant les exigences du droit à la vie privée en termes de droit à l'identité dont la filiation fait assurément partie, l'Etat français a dépassé, selon la Cour, la marge d'appréciation pourtant large (étant donné la question sensible du point de vue éthique et l'absence de consensus au sein du Conseil de l'Europe) dont il disposait, en refusant toute reconnaissance du lien biologique qui existe entre les jumelles et leur père. La Cour a donc admis la violation de l'article 8 de la CEDH en ce qui concerne le respect à la vie privée des enfants.

C'est donc la non-reconnaissance absolue d'une réalité biologique et donc l'absence d'alternative proposée par la juridiction française, que la Cour condamne. Cet arrêt impose déjà

²⁴⁰ *Ibid.*, point 49.

²⁴¹ *Ibid.*, point 62 : En l'espèce l'Etat français entendait par là « *décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et – comme cela ressort de l'étude du Conseil d'État du 9 avril 2009 (paragraphe 37 ci-dessus) – la mère porteuse* ».

²⁴² *Ibid.* points 77-79.

²⁴³ *Ibid.*, points 80-81.

²⁴⁴ *Ibid.* point 94.

une certaine adaptation de la conception de l'Etat français de l'ordre public²⁴⁵. Il laisse cependant en suspens la question du lien entre les enfants et le parent d'intention qui n'est pas géniteur (à savoir la mère).

L'avis *Mennesson*, en 2019, va éclairer cette question sur une demande d'avis consultatif de la Cour de cassation française. Confirmant la marge d'appréciation dont dispose l'Etat français sur cette question, la Cour va indiquer que l'intérêt supérieur de l'enfant nécessite une adaptation du droit interne permettant de consacrer le lien entre la mère d'intention et les enfants. L'adoption, dont la procédure serait alors allégée et accélérée, est alors visée par la Cour comme un exemple d'institution permettant de sauvegarder l'effectivité de la vie familiale. Nous reconnaissons ici la même logique que dans l'affaire *Orlandi* : la Cour laisse en définitive le choix du procédé d'adaptation à l'Etat en cause afin de satisfaire à ses obligations découlant de droit au respect à la vie privée et familiale.

La Cour présente deux conditions à ce devoir d'adaptation du droit national. La première est la concrétisation du lien entre la mère d'intention et les enfants. On reconnaît ici une certaine condition de cristallisation un peu floue qui semble selon nous suggérer une recherche de lien *de facto*. La seconde condition est que ce lien issu de la gestation pour autrui soit légalement établi à l'étranger. On retrouve là la condition de conformité au regard du droit étranger.

L'affaire *Mennesson* s'est finalement clôturée par un arrêt de la Cour de cassation française du 4 octobre 2019²⁴⁶, par lequel la juridiction française a admis la transcription de la filiation de la mère d'intention, et ce sans recours préalable à une quelconque procédure d'adoption. En effet, aux vues des quinze années qui s'étaient écoulées depuis la concrétisation du lien entre les enfants et leur mère d'intention, des procédures supplémentaires ne pouvaient se justifier en l'espèce au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant²⁴⁷. Allant plus loin que les enseignements de Strasbourg, la Cour de cassation justifie aussi l'évolution de sa position par le souci d'unifier le traitement des situations.

Les arrêts *Wagner/Négrépontis*, et ensuite, *Mennesson*, semblent laisser entrevoir une méthode en termes de reconnaissance d'une situation valablement établie à l'étranger. La méthode présente des points communs avec celle de la Cour de justice de l'Union européenne. On peut observer une condition de validité dans le pays de constitution mais aussi une condition

²⁴⁵ Y. NISHITANI, « Identité Culturelle en Droit International Privé de la Famille », *Recueil des cours*, t. 401, 2019, p. 341.

²⁴⁶ Cass., Ass. plén., 4 octobre 2019, n°1019053.

²⁴⁷ L. MARGUET, « GPA: Quand la Cour de cassation facilite la reconnaissance du lien de filiation du second parent... au-delà même des exigences européennes ? », *Rev.dr.h.* 2020, disponible sur <https://journals.openedition.org/revdh/8964>, n°9.

d'effectivité qui semble d'ailleurs avoir un poids considérable. Les liens *de facto* sont à cet égard très importants. Ici encore, nous remarquons ce glissement du contrôle conflictuel classique qui se fait ici, comme dans la méthode la Cour de justice, au regard du droit du pays d'origine, en ce compris son droit international privé.

La méthode se différencie néanmoins de celle de Luxembourg. En effet, la méthode vise ici, l'adaptation du droit national en vue de préserver les droits fondamentaux des personnes concernées (en l'occurrence c'est clairement l'article 8 CEDH qui agit comme moteur d'adaptation). Il ne s'agit donc pas d'une méthode de reconnaissance au sens strict mais plutôt d'une réception aménagée. La situation acquise peut dès lors être modifiée lors de son accueil ; la modification doit à tout le moins aboutir à une non-violation des droits fondamentaux consacrés dans la Convention. Cela n'empêche donc pas les Etats d'aller plus loin, en reconnaissant purement et simplement la situation acquise à l'étranger comme l'a fait la Cour de cassation française pour clôturer la saga *Mennesson*.

Section 4 : Extension aux institutions étrangères proches ? Le cas de la filiation de l'enfant pris en charge dans le cadre d'une Kafala

Nous allons voir dans cette section si l'acquis jurisprudentiel en matière d'adoption et son évolution illustrée en matière de *GPA*, peut être étendu aux institutions qui ne fondent pas en soi un lien de filiation mais qui sont néanmoins très proches.

Les systèmes juridiques musulmans interdisent ou ne connaissent généralement pas l'adoption. Ils prévoient néanmoins une institution assez proche pour protéger les enfants orphelins, abandonnés, ou dépourvus de la garde des parents : la *Kafala* ou *Kefala*²⁴⁸. Proche de la tutelle officieuse en droit belge, la *Kafala*, n'établit aucun lien de filiation entre le *Kafil* (équivalent du tuteur) et le *mafakoul* (l'enfant recueilli)²⁴⁹. L'institution est définie dans le Code de la famille algérien comme : « *l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur au même titre que le ferait un père pour son fils* »²⁵⁰. L'institution est en outre reconnue par l'article 20, alinéa 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant comme étant une protection de remplacement.

La question qui s'est posée à deux reprises devant la Cour de Strasbourg est de savoir si l'établissement d'un lien de filiation était possible, via l'adoption, entre l'enfant pris en charge

²⁴⁸ Y. NISHITANI, « Identité Culturelle en Droit International Privé de la Famille », *Recueil des cours*, t. 401, 2019, p. 185.

²⁴⁹ S. SAROLEA, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de droit international privé devant la Cour européenne des droits de l'homme » in *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 124.

²⁵⁰ Article 116 du Code de la famille algérien.

dans le cadre d'une *Kafala*, et son *kafil*.

La première affaire « *Harroudj c. France* » concerne une *Kafala* algérienne²⁵¹ tandis que la seconde « *Chbihi et Loudoudj c. Belgique* » concerne une *Kafala* marocaine²⁵².

Les faits, dans l'affaire *Harroudj*, sont simples. Une enfant abandonnée à la naissance avait été recueillie dans le cadre d'une *Kafala* par une Française. Celle-ci, avec autorisation du juge algérien était par la suite venue s'établir avec l'enfant en France. Elle a alors fait une demande d'adoption plénière dudit enfant. Or la ressortissante française s'est vue opposée l'article 370-3 alinéa 2 du Code civil français qui prévoit que c'est la loi de la nationalité de l'enfant qui doit s'appliquer. La loi algérienne prohibant l'adoption, celle-ci ne peut donc être prononcée. La Cour de cassation allant aussi dans ce sens, la requérante introduit donc un recours devant la Cour de Strasbourg, estimant que le refus constitue une violation à l'article 8 CEDH, outre l'article 14²⁵³.

Il faut tout d'abord remarquer que nous ne sommes pas, ici, face à un problème de situation boiteuse en soi. En effet, l'Etat français, en l'espèce, reconnaît la *Kafala* conclue à l'étranger. La question qui se pose alors c'est de savoir s'il existe un devoir d'adaptation du droit interne, de transformation d'une institution étrangère en une adoption au nom du droit au respect à la vie familiale et de l'intérêt supérieur de l'enfant, alors même que l'Etat d'origine interdit une telle adoption.

Après avoir constaté qu'il n'y a pas de consensus au sein du Conseil de l'Europe en ce qui concerne l'accueil réservé à la *Kafala* et qu'aucun Etat n'assimile cette institution étrangère à une adoption, la Cour de Strasbourg admet qu'une large marge d'appréciation doit être laissée à l'Etat français²⁵⁴. Comme dans l'arrêt *Wagner*, la Cour oriente son raisonnement sur les obligations positives qui incombent, dans ce contexte, à l'Etat français. Même si le refus d'accepter l'adoption entraîne une absence de lien de filiation et donc d'effet successoral entre les parties, la Cour ne va pas voir dans cette impossibilité d'adoption en France une ingérence dans leur vie familiale. Le fait que les parties partagent le même nom et que l'exercice de l'autorité parentale soit effectif amènent en effet à un tel constat. Est ensuite pertinent, le fait que l'Etat français admet ladite adoption, lorsque l'enfant est né et réside en France et, dans le cas contraire, après cinq ans de résidence en France²⁵⁵. La Cour conclut dès lors que ce système

²⁵¹ Cour eur. D. H., *Harroudj c. France*, 4 octobre 2012, n° 43631/09.

²⁵² Cour eur. D.H., *Chbihi et Loudoudi c. Belgique*, 16 décembre 2014,

²⁵³ S. BOLLÉE, « La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme de l'interdiction d'adopter un enfant recueilli en kafala », *Rev. trim. D.H.*, 2013/95, pp. 718-719.

²⁵⁴ S. SAROLEA, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de droit international privé devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *op. cit.*, p. 126.

²⁵⁵ M. FALLON et S. FRANCO, « la vie familiale internationale », *op. cit.*, Larcier, à paraître, p. 27.

français, « effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, l'État défendeur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante »²⁵⁶. Il y a donc là : « une articulation flexible entre le droit de l'Etat d'origine et le droit national »²⁵⁷. Nous observons donc une motivation qui relève du respect de la diversité culturelle qui tend alors, sur une question qui laisse une grande marge d'appréciation pour l'Etat français, limiter les obligations positives de ce dernier. En filigrane, c'est le souci d'éviter la formation d'un statut boiteux à l'égard du pays d'origine qui joue en défaveur de la transformation de statut²⁵⁸. Cet aspect est encore plus explicite dans la seconde affaire *Chbihi*.

Dans l'affaire *Chbihi*, c'est la même question qui va être posée dans un contexte factuel et juridique plus compliqué. Factuellement d'abord, l'enfant recueillie dans le cadre d'une *Kafala*, Kamar, n'a pas été abandonnée par ses parents mais seulement confiée par ceux-ci. Elle entretient d'ailleurs encore des liens (extrêmement ténus) avec ses parents biologiques restés au Maroc. La *Kafala* en question est une *Kafala* adoulaire, c'est-à-dire coutumière et non organisée par la loi, et non judiciaire. Juridiquement ensuite, la Belgique où les demandes ont été introduites, ne reconnaît pas en tant que telle l'institution de la *Kafala* ; elle l'assimile à la tutelle officieuse. L'Etat belge établit donc explicitement une différence entre la *kafala* et l'adoption. En outre, le droit belge permet sous certaines conditions l'adoption d'enfant orphelin ou abandonné provenant d'un pays qui ne connaîtrait pas cette institution²⁵⁹. L'une de ces conditions est que la *Kafala* ait été prononcée par un juge, et donc qu'elle ne soit pas simplement adoulaire comme en l'espèce.

C'est donc dans ce contexte que la Cour européenne des droits de l'Homme a dû décider si le refus de métamorphose de la *Kafala* adoulaire par les juridictions belges étaient contraire ou non à l'article 8 CEDH et à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans le même sens que dans *Harroudj*, la Cour va analyser la situation au regard des obligations positives de la Belgique. Il était donc question de savoir s'il existait une obligation positive de permettre le développement des liens familiaux et l'intégration de l'enfant de sa famille au travers, spécifiquement, de l'établissement d'un lien de filiation²⁶⁰.

²⁵⁶ Aff. *Harroudj*, précité, point 51.

²⁵⁷ M. FALLON et S. FRANCO, « la vie familiale internationale », *op. cit.*, p. 27.

²⁵⁸ S. SAROLEA, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de droit international privé devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *op. cit.*, p. 127.

²⁵⁹ B. BERTRAND, « Quelles nouvelles implications pour la procédure de kafala », *J.D.J.*, 2006, n°258, p. 21.

²⁶⁰ G. WILLEMS, « La filiation et l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *J.E.D.H.*, 2018/5, p. 458.

La Cour va, comme dans *Harroudj*, conforter l'Etat belge dans son refus d'accorder ladite adoption. Le caractère adoulaire de la *Kafala* qui était contraire aux conditions internes d'adoption, le lien de filiation persistant au Maroc, les liens de fait (même ténus) qui persistaient entre Kamar et ses parents biologiques, la possibilité de renforcer la protection de la vie familiale par l'institution de la tutelle officieuse : un ensemble de considérations ayant entraîné la Cour à conclure en ce sens. Néanmoins le trait saillant de l'arrêt est la motivation de prévenir un conflit de statut pour l'enfant dans l'Etat belge. C'est donc précisément le souci d'éviter la création d'un statut juridique boiteux qui justifie le refus d'adaptation.

Notons tout de même, en ce qui concerne cette affaire *Chbihi*, qu'une large opinion dissidente accompagne l'arrêt. Trois juges considéraient en effet, que la solution des juridictions nationales ne prenait pas assez concrètement en compte l'intérêt supérieur de l'enfant.

Nous remarquons à la suite de ces deux arrêts que la technique d'adaptation semble avoir des limites, et ce même lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant est en cause. Cette limite c'est justement ce que cette technique permettait d'éviter en matière d'adoption et de filiation issue d'une gestation pour autrui : la formation d'une situation boiteuse. La position de la Cour semble dès lors assez stricte sur la qualification de boiteuse puisque, comme le soulignent certains auteurs, la *Kafala* présente plus de similitudes que de différences avec l'adoption²⁶¹. A quoi il pourrait cependant être répondu que l'établissement ou non du lien de filiation est une différence marquante qui ne peut s'effacer devant, certes, plusieurs points communs.

Toujours est-il que l'impact réel de cette situation boiteuse sur les droits fondamentaux de l'enfant concerné semble peut-être discuté. La question se pose à peine dans l'affaire *Harroudj*, dès lors qu'aucun lien de filiation ou *de facto* ne subsiste avec le pays d'origine. En revanche, en ce qui concerne l'affaire *Chbihi*, si un lien de filiation subsistait en effet au pays d'origine, le contexte factuel permet de voir qu'un potentiel retour dans le pays d'origine était peu probable. Cela invite à s'interroger sur quelle situation affecterait le plus l'intérêt supérieur de l'enfant : la situation boiteuse (qui ne serait donc problématique que dans un cas peu probable de retour au pays) ou la situation actuelle (situation qui s'inscrit dans un projet de vie familiale *de facto* de long terme qui manque d'une protection juridique forte) ; l'opinion dissidente évoquée ci-dessus va en ce sens.

Selon nous, les deux arrêts évoqués ici ne permettent pas réellement de conclure à une position franche de la Cour européenne des droits de l'Homme sur cette question. En effet, le contexte factuel particulier en termes de possibilité d'adoption dans un futur proche dans l'affaire

²⁶¹ S. SAROLEA, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de droit international privé devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *op. cit.*, p. 129.

Harroudj, et la large opinion dissidente dans l'affaire *Chbihi*, laissent, selon nous, la porte ouverte à l'aboutissement d'une demande sur cette question à Strasbourg.

Il n'est pas sans intérêt de mentionner un arrêt récent de la Cour de justice de l'Union européenne : l'arrêt « *SM* »²⁶². Il s'agissait en l'espèce de déterminer si un enfant recueilli dans le cadre d'une *Kafala* algérienne pouvait être assimilé à un « membre de la famille » au sens du droit de l'Union, alors que cette institution ne crée aucun lien de filiation. Il est intéressant d'observer la grande importance que la Cour va accorder au respect à la vie privée et familiale tel qu'interprété par son homologue strasbourgeois. De fait, la Cour va centrer son argumentation sur la réalité de la relation de famille plutôt que sur sa validité. S'appuyant grandement sur la méthode de la Cour européenne des droits de l'Homme et sa jurisprudence sur la *Kafala* analysée ci-dessus, la Cour de justice va mettre en avant les liens familiaux *de facto*. Cette reconnaissance d'une vie familiale de fait entre le citoyen européen et l'enfant algérien va finalement permettre à la Cour de faire entrer cette enfant dans la catégorie « d'autres membres de la famille » du citoyen européen au sens du droit dérivé de l'Union en matière de séjour²⁶³. Cette reprise par la Cour de justice de la méthode de la Cour européenne des droits de l'Homme montre une nouvelle fois que le respect des droits fondamentaux sont devenus centraux sur ces questions aussi bien à Strasbourg qu'au Luxembourg. C'est une évolution importante pour la dignité des personnes dans l'espace européen. La priorité au rapports humains par rapport au rapports juridiques est sans doute le point le plus important de la jurisprudence analysée dans ce titre ²⁶⁴.

Nous observons finalement que la méthode de la Cour européenne des droits de l'Homme, si elle a la capacité de résoudre le caractère boiteux des rapports, elle apparaît plus timide que son homonyme luxembourgeois en ce qui concerne les moyens pour y parvenir. La Cour de Strasbourg impose en effet rarement une reconnaissance pure et simple du rapport valablement créé à l'étranger. Elle laisse plutôt le soin aux Etats en cause d'adapter la réception de ces rapports dans leur ordre juridique pour satisfaire aux exigences de la Convention.

²⁶² C.J.U.E., *SM/Entry clearance officer*, 26 mars 2019, C-129/18, (ECLI:EU:C:2019:248).

²⁶³ E. PATAUT, « Quand la Cour s'empare de l'effectivité – Effectivité de la famille », *RTD Eur.*, 2019/3, pp. 709-722.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 722.

Conclusion

Nous parlions dans l'introduction d'un droit international privé mouvant car toujours perfectible. Au travers de l'étude de la problématique des situations boiteuses, nous avons en effet pu voir l'évolution de cette discipline dans les matières familiales. Une lecture chronologique du présent mémoire permet de mettre en lumière cette évolution.

Tout d'abord, nous avons une problématique ancienne, propre au droit international privé puisqu'elle caractérise ce que cette discipline tend à éviter. Ayant situé la problématique dans le domaine de la personne et de la famille, nous avons pu voir que l'une de ses principales causes était le contrôle conflictuel ; contrôle qui, à l'époque, était présenté comme naturel. Nous étions en plein paradigme conflictuel : quoi de plus naturel d'utiliser sa propre règle de conflit pour déterminer la validité et donc l'existence d'une situation prétendument créée à l'étranger. Nous avons néanmoins écrit que ce contrôle ne faisait pas l'unanimité. La doctrine en quête de solutions a alors cherché des méthodes. Nous en avons présenté brièvement deux : le renvoi et la théorie des droits acquis. La première trop compliquée, la seconde en avance sur son temps ; elles n'ont pas eu un franc succès.

C'est alors que le contexte européen est venu mettre le droit international privé et ses méthodes sous pression. Cette influence européenne a en effet exacerbé le besoin de permanence du statut personnel. La problématique des situations boiteuses est alors devenue un problème qui touche le bon fonctionnement du droit de l'Union européenne mais aussi le respect des droits fondamentaux. De nouvelles notions fondamentales sont apparues et ont appelé alors à une recherche de solutions. Cela a poussé le droit international privé à se réinventer. En effet, tant la libre circulation des personnes au sein de l'Union et la citoyenneté européenne que le droit à la vie privée et familiale ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant sont de nature à affecter le fonctionnement classique du rattachement établi par le droit international privé du for. Nous comprenons alors cet abandon dans les solutions contemporaines de ce qui était la cause la plus courante de formation de situation boiteuse : le contrôle conflictuel au regard du droit du for. La jurisprudence a pu dès lors montrer un glissement de ce contrôle conflictuel au regard du droit international privé de l'Etat requis vers la conformité au droit international privé de l'Etat d'origine ; c'est une des conditions essentielles aussi bien à Strasbourg qu'à Luxembourg. Ces changements des méthodes témoignent comme nous l'avons écrit en début de seconde partie d'un changement de paradigme en droit international privé, passant d'un paradigme conflictuel rigide, nous sommes passés à un paradigme plus souple de la reconnaissance.

Concernant les méthodes contemporaines, il est intéressant d'observer que les deux Cours

suprêmes européennes les ont fait émerger sans se préoccuper du fonctionnement du droit international privé. C'est bien le droit international qui s'est adapté aux exigences européennes et non l'inverse. En outre, si ces nouvelles méthodes n'ont pas les mêmes fondements, elles ne sont pas hermétiques pour autant. Nous avons d'ailleurs pu voir que tant la Cour de justice de l'Union européenne que la Cour européenne des droits de l'Homme ont utilisé la jurisprudence de leur homonyme. Il ne faut dès lors pas voir les deux méthodes comme deux méthodes distinctes mais plutôt comme deux méthodes complémentaires qui se complètent en fonction du contexte juridique et factuel des cas d'espèce.

L'analyse de la problématique des situations boiteuses a aussi permis de voir une évolution plus générale du droit. D'abord, partant d'un droit soucieux des intérêts des Etats, nous sommes passés à un droit de plus en plus soucieux des intérêts des individus. Le contexte européen a été un réel moteur en la matière ; pour reprendre la phrase de Jean Monnet en ce qui concerne le projet européen : « *Nous ne coalisons pas les Etats, nous unissons les hommes* ». En parallèle, le Conseil de l'Europe et ce texte capital qu'est la Convention européenne des droits de l'Homme ont participé à cette logique. Le rôle des droits fondamentaux est à cet égard au premier plan des méthodes contemporaines, même du côté de la Cour de Luxembourg. Ensuite, l'origine jurisprudentielle des méthodes contemporaines est démonstrative du rôle majeur des juges dans l'évolution du droit. Si les textes sont évidemment importants, ce sont bien les interprétations de ceux-ci qui ont fait émerger ces nouvelles méthodes. L'époque « juge bouche de lois » est révolue. Au contraire, le pouvoir judiciaire a aujourd'hui ce rôle de mettre le législateur face aux évolutions de la société. Nous le voyons bien en ce qui concerne le mariage entre personnes de même sexe.

A l'heure où l'euroscpticisme est à la mode, il est intéressant de voir à quel point la construction européenne, les grandes libertés et droits fondamentaux mais aussi les textes de droits dérivés, ont un véritable impact dans la vie des personnes. Un système coordonné, dans les domaines du droit des personnes et de la famille, est primordial dans un monde de plus en plus globalisé. L'Union européenne est précisément ce qui a permis ou à tout le moins grandement facilité un droit international privé de la famille capable d'évoluer vers une telle coordination encore perfectible soit-elle.

La problématique des situations boiteuses au sein de l'Union européenne est finalement moins problématique qu'autrefois. Les deux Cours suprêmes européennes semblent aujourd'hui disposer de méthodes qui dans la majeure partie des situations sont à même, quand les conditions sont remplies, de résoudre le caractère boiteux d'un statut. Il s'agira de les utiliser à bon escient et, notamment, de trouver un bon équilibre entre coopération et respect des identités

nationales des Etats membres.

Cependant, il reste des situations pour lesquelles les solutions ne sont pas encore claires. Il s'agit des situations créées dans un pays tiers. En effet, nous l'avons vu en matière de *Kafala*, les situations issues de pays tiers posent la question de l'accueil d'institutions inconnues. Des problèmes relevant du respect des cultures étrangères s'ajoutent alors à la balance. Les conflits de cultures évoqués dans la partie théorique constitueront sûrement les grands défis du droit international privé dans les années à venir ; l'harmonie internationale des solutions est encore à l'horizon.

Bibliographie

Législation

Législations européennes et internationales

- Convention internationale relative aux droits de l'enfant adoptée à New York par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990.
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, M.B., 19 août 1955, p. 5028.
- Traité sur l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012, C 326, p. 13.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012, C 326, p. 47.
- Directive 2004/38/CE du Parlement et du Conseil, du 29 avril 2004, *J.O.U.E.*, L 158 du 30 avril 2004, p. 77 et rectificatifs *J.O.U.E.*, L 229 du 29 juin 2004, p. 35 et L 197 du 28 juillet 2005, p. 34.

Législations nationales

- Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *M.B.*, 27 juillet 2004.
- Article 116 du code de la famille algérien.

Doctrine

- AGOSTINI, E., « Le mécanisme du renvoi », *Rev. crit. DIP*, 2013/3, pp. 545-586.
- BARATTA, R., « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *Recueil des cours*, t. 348, 2011.
- BARNICH, L., *Les actes juridiques en droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

- BARNICH, L. « Rappel des méthodes du droit international privé », in (BARNICH, L., NUYTS, A., PFEIFF, S., WAUTELET, P. (dir.)), *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins : actes du XIVe colloque de l'association « Famille & Droit » le 20 mai 2015*, coll. Famille & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 7 à 23.
- BATIFFOL, H., *Aspect philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956.
- BERTRAND, B., « Quelles nouvelles implications pour la procédure de kafala », *J.D.J.*, 2006, n°258, p. 21.
- BOLLÉE, S., « Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales », in LAGARDE, P. (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013.
- BOLLÉE, S., « La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme de l'interdiction d'adopter un enfant recueilli en kafala », *Rev. trim. D.H.*, 2013/95, pp. 717 à 724.
- BUCHER, A., L'ordre public et le but social en droit international privé », *Recueil des cours*, t. 239, 1993.
- BUCHER, A., « La dimension sociale du droit international privé », *Recueil des cours*, t. 341, 2009.
- CALLÉ, P., « La reconnaissance mutuelle à l'épreuve de la confiance mutuelle », in FULCHIRON, H., et BIDAUT-GARON, C. (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Paris, Dalloz, 2014.
- CAPPELLETTI, M., SECCOMBE, M., WEILER, J. H. H., Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience. A General Introduction, in (CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, M., WEILER, J. H. H. (ed.)), *Book 1 A Political, Legal and Economic Overview*, De Gruyter, Berlin, Boston, 2013, pp. 3 à 68.
- CARLIER, J.-Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992.
- CARLIER, J.-Y., « Ordre public international et relations familiales : facteur d'ordre ou de désordre ? », in (BARNICH, L., NUYTS, A., PFEIFF, S., WAUTELET, P. (dir.)), *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 99-106.
- CARLIER, J.-Y., « Vers un ordre public européen des droits fondamentaux. L'exemple de la reconnaissance des mariages de personnes de même sexe dans l'arrêt Coman (obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt Coman, 5 juin 2018) », *Rev. Trim. D.H.*, 2019/117 pp. 203 à 227.

- CARLIER, J.-Y., « Le nom en droit international privé », in (FRANCQ, S. et SAROLÉA, S. (Dir.)), *Actualités européennes en droit international privé familial*, Anthémis, 2019, pp. 87-102.
- CORNUT, E., « Qu'est-ce qui circule (la notion de statut personnel) ? », in FULCHIRON, H. (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Paris, LexisNexis, 2019, pp. 29 à 49.
- D'AVOUT, L., « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *Trav. Com. Fr. DIP*, 2016-2018.
- DONY, M., *Droit de l'Union européenne*, 7e éd., Bruxelles, Éditions de l'ULB, 2018.
- FALLON, M., « La Théorie de l'adaptation au secours de l'ordre public dans les adoptions internationales ? », *R.T.D.F.*, 1983/2, pp. 133 à 148.
- FALLON, M., FRANCQ, S., et MARY, J., « La reconnaissance des mariages carrousels, pluriels et virtuels devant la Cour de cassation », *R.C.J.B.*, 2017/2, pp. 247 à 295.
- FALLON, M., « Agencement des sources et principes directeurs du statut personnel », in *Actualités européennes en droit familial international* (sous la dir. de FRANCQ, S. et SAROLÉA, S.), Anthémis, 2019, pp. 7 à 52.
- FALLON, M. et FRANCQ, S., « La vie familiale internationale », in CAP, S., DANDOY, N. et WILLEMS, G. (dir.) *Grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, Larcier, à paraître.
- FRANCESCAKIS, P., *La théorie du renvoi dans les systèmes de droit international privé*, Paris, Sirey, 1958.
- FRANCQ, S., « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ? », in FULCHIRON, H. et BIDAUT-GARON, C. (Dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 111 à 130.
- KINSCH, P., « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », note sous Cour eur. D.H., *Wagner D.H. et J.M.W.L. c. Luxembourg*, 28 juin 2007, *Rev. crit. DIP*, 2007, pp. 807 à 822.
- KINSCH, P., « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in LAGARDE P. (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, pp. 43 à 55.
- KINSCH, P., « Les contours de l'ordre public européen : l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme », in FULCHIRON, H. et BIDAUT-GARON, C. (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 147 à 157.

- KOHLER, C., « La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », in LAGARDE P. (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, pp. 67 à 79.
- KUIPERS, J.J., “Cartesio and Grunkin-Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private Law”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 2, no. 2, 2009, pp. 66-97.
- LAGARDE, P., « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *Recueil des cours*, t. 371, 2015.
- LEQUETTE, Y., « Cours général de droit international privé », *Recueil de cours*, t. 387, 2016.
- MARGUET, L., « GPA: Quand la Cour de cassation facilite la reconnaissance du lien de filiation du second parent... au-delà même des exigences européennes ? », *Rev.dr.h.* 2020, disponible sur <https://journals.openedition.org/revdh/8964>.
- MARY, J., « La filiation à la suite d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger », in (FRANCQ S. et SAROLÉA, S. (Dir.)), *Actualités européennes en droit international privé familial*, Anthémis, 2019, pp. 117 à 144.
- MAYER, P., « La reconnaissance : notions et méthodes », in LAGARDE, P., (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, pp. 27 à 33.
- NISHITANI, Y., « Identité Culturelle en Droit International Privé de la Famille », *Recueil des cours*, t. 401, 2019.
- PAMBOUKIS, CH., « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *Rev. crit. DIP*, 2008, pp. 513 à 560.
- PAMBOUKIS, CH., « Les actes publics et la méthode de la reconnaissance », in LAGARDE, P., (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, pp. 133 à 146.
- PATAUT, E., « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Trav. Com. fr. DIP* 2006-2008, Paris, Pedone, 2009, pp. 71 à 114.
- PATAUT, E., « Les particularismes nationaux, les droits fondamentaux et le contenu de la citoyenneté européenne », *R.T.D. eur.*, 2011/3, pp. 561 à 576.
- PATAUT, E., « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », in FULCHIRON, H. et BIDAUT-GARON, C. (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Paris, Dalloz, 2014.

- PATAUT, E., « Quand la Cour s’empare de l’effectivité – Effectivité de la famille », *RTD Eur.*, 2019/3, pp. 709 à 722.
- PFEIFF, S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017.
- PICONE, P., « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *Recueil des cours*, t. 197, 1999.
- PILLET, A., « La théorie générale des droits acquis », *Recueil des cours*, t. 8, 1925.
- RASS-MASSON, L., « L’ordre public, limite confirmée à la reconnaissance du nom acquis dans un autre état membre de l’union européenne », *Rev. Crit. DIP*, 2017/2, pp. 278 à 289.
- RIGAUX, FR. et FALLON, M., *Droit international privé*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2005.
- SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, S., « Les ordres publics nationaux », in FULCHIRON H. (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Paris, LexisNexis, 2019, pp. 201 à 222.
- SAROLEA, S., « Le Code de droit international privé et le droit familial : le grand nettoyage de printemps », *R.T.D.F.*, 2004/4, p. 819.
- SAROLEA, S., « L’intérêt supérieur de l’enfant dans les affaires de droit international privé devant la Cour européenne des droits de l’homme » in, (BARNICH, L., et NUYTS, A., PFEIFF, S., WAUTELET, P. (dir.)), *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 107-147.
- SINDRES, D., « Requiem pour la fraude ? », in FULCHIRON, H. (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Paris, LexisNexis, 2019, pp. 269 à 285.
- TRYFONIDOU, A., « Free movement of same-sex spouses within the EU: The ECJ’s Coman Judgment », [Free Movement of Same-Sex Spouses within the EU: The ECJ’s Coman judgment – European Law Blog](#), consulté le 25 avril 2021.
- WATTÉ, N. et JAFFERALI, R., « Règles générales du droit international privé belge et européen », *Rép. not.*, Tome XVIII, *Droit international privé*, Livre 1, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 164, pp. 253 à 256.
- WAUTELET, P., « Le nouveau droit international privé belge : conflits de lois », *J.T.*, 2005/11, n° 6173, pp. 180 à 183.
- WILLEMS, G., « La filiation et l’intérêt supérieur de l’enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme », *J.E.D.H.*, 2018/5, pp. 435 à 466.

- WISCHMEYER, T., « Generating Trust Through Law? Judicial Cooperation in the European Union and the “Principle of Mutual Trust” », *German Law Journal*, Vol. 17/03, pp. 340 à 382.

Jurisprudence

Cour de justice de l'Union européenne

- C.J.C.E., 20 février 1979, *Rexe-Zentral AG c. Bundersmonopolverwaltung für Brandwein*, C-120/78, (ECLI:EU:C:1979:42).
- C.J.C.E., 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, (ECLI:EU:C:2001:458)
- C.J.U.E., *Garcia-Avello*, 2 octobre 2003, C-148/02, (ECLI:EU:C :2003:539).
- C.J.U.E., *Grunkin Paul*, 14 octobre 2008, C-353/06, (ECLI:EU:C:2008:559).
- C.J.U.E., *Sayn-Wittgenstein*, 22 décembre 2010, C-208/09, (ECLI :EU :C :2010 :806).
- C.J.U.E., *Bogendorff von Wolffersdorff*, 2 juin 2016, C-438/14 (ECLI:EU:C:2016:401).
- C.J.U.E., *Freitag*, 8 juin 2017, C-541/15 (ECLI:EU:C:2017:432).
- C.J.U.E., *Coman*, 5 juin 2018, C-673/16, (ECLI:EU:C:2018:385).
- C.J.U.E., *SM/Entry clearance officer*, 26 mars 2019, C-129/18, (ECLI:EU:C:2019:248).
- C.J.U.E., *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo »*, C-490/20 (ECLI:EU:C:2021:296), pendante.
- C.J.U.E., *Rzecznik Praw Obywatelskich*, C-2/21, pendante.

Cour européenne des droits de l'Homme

- Cour. eur. D.H., arrêt *Wagner c. Luxembourg* du 28 juin 2007, n°76240/01.
- Cour. eur. D.H., arrêt *Negrepontis-Giannisis c. Grèce* du 3 mai 2011, n° 56759/08.
- Cour. eur. D. H., *Harroudj c. France*, 4 octobre 2012, n° 43631/09.
- Cour. eur. D.H., *Kismoun c. France* du 5 décembre 2013, n°32265/10.
- Cour. eur. D.H., *Mennesson c. France* du 26 juin 2014 n° 65192/11.
- Cour. eur. D.H., *Chbihi et Loudoudi c. Belgique*, 16 décembre 2014, n° 52265/10

- Cour. eur. D.H., *Orlandi et autres c. Italie*, 14 décembre 2017, n° 26431/12.
- Cour. eur. D.H., avis consultatif du 10 avril 2019, n° P16-2018-001.

Belge

- Cass., 4 mai 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 624.
- Cass., (3^e ch.), 18 mars 2013, *R.D.E.*, 2013/1, n° 172, pp. 25-28.
- Cass., (3^e ch.), 15 décembre 2014, *R.C.J.B.*, 2017/2, pp. 233-247.

Française

- Cass. (ch. Civ.) du 9 mai 1900, *Prince de Wrède c. Dame Maldaner*.
- Cass. (Ass. Plén), 4 octobre 2019, n°1019053.

Autres

- Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la CJUE le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78, *Cassis de Dijon*, JO, 1980, n° C-256/2.
- Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1).
- C.J.U.E., *Grunkin Paul*, C-353/06, conclusions de l'Avocate générale E. Sharpston, présentées le 24 avril 2008.
- POPPELWELL- SCEVAK, CL., « Oliari, Orlandi and Homophobic Dissenting Opinions : The Strasbourg Approach to the recognition of same-sex marriages », 2 février 2018, Disponible sur Strasbourg Observers : <https://strasbourgobservers.com/2018/02/02/oliari-orlandi-and-homophobic-dissenting-opinions-the-strasbourg-approach-to-the-recognition-of-same-sex-marriages/>, consulté le 26 juin 2021.
- Cours magistral dispensé par Jean-Yves Carlier à l'université catholique de Louvain-la-Neuve, le 12 novembre 2019.
- Cour. eur. D.H, Guide sur l'article 8 de la Convention – Droit au respect de la vie privée et familiale, mis à jour au 30 août 2020, disponible : https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_FRA.pdf.

- Discours de la Présidente Von der Leyen du 16 septembre 2020 sur l'état de l'Union, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/SPEECH_20_1655, consulté le 17 mai 2021.
- C.J.U.E., *V.M.A. c. Stoliczna obshtina, rayon « Pancharevo »*, C-490/20, conclusions de l'Avocate générale Kokott présentées le 15 avril 2021. Disponible sur Curia : <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=239902&doclang=FR>.

Table des matières

Remerciements	2
Introduction	3
Partie 1 : Aspects théoriques	5
Titre 1 : Situation boiteuse : Les notions.....	5
Section 1 : Généralités.....	5
Section 2 : La notion de statut personnel ou état de la personne	6
Section 3 : La notion de reconnaissance	8
Titre 2 : Situation boiteuse : Les causes	10
Introduction aux conflits de systèmes et aux conflits de cultures	10
Section 1 : Le contrôle conflictuel	12
Section 3 : L'exception de fraude à la loi ou d'abus de droit.....	13
Section 4 : L'exception d'ordre public.....	14
<i>Sous-section 1 : Sur l'ordre public en droit international privé.....</i>	<i>15</i>
<i>Sous-section 2 : L'exception d'ordre public en droit international privé belge</i>	<i>17</i>
<i>Sous-section 3 : Exception d'ordre public international et situations boiteuses</i>	<i>18</i>
Titre 3 : Notions fondamentales qui justifient la recherche de solutions	19
Section 1 : Le besoin de permanence du statut personnel.....	19
Section 2 : Libertés et droits fondamentaux.....	21
Quelques considérations préalables sur l'influence européenne sur le droit international privé	21
<i>Sous-section 1 : Liberté de circulation et citoyenneté européenne.....</i>	<i>22</i>
<i>Sous-section 2 : Le principe de reconnaissance mutuelle.....</i>	<i>25</i>
<i>Sous-section 4 : Droit à la vie privée et familiale.....</i>	<i>27</i>
<i>Sous-section 5 : Intérêt supérieur de l'enfant</i>	<i>28</i>
Conclusion intermédiaire	30
Partie 2 : Solutions classiques et solutions contemporaines issues des deux Cours suprêmes européennes	31
Considérations préliminaires.....	31
Titre 1 : Deux propositions du paradigme conflictuel : Le renvoi et la théorie des droits acquis.....	32
Section 1 : Le renvoi	32
Section 2 : La théorie des droits acquis.....	34
Titre 2 : Solution inspirée du droit européen de la libre circulation des personnes	35

Section 1 : La reconnaissance du nom patronymique comme fondement de la méthode de reconnaissance	35
Section 2 : Aboutissement législatif en Belgique.....	41
Section 4 : Peut-on généraliser ces solutions à l'ensemble des éléments du statut personnel ?.....	44
Section 5 : Les extensions effectivement réalisées par la Cour de justice	45
Titre 3 : Solution basée sur le respect des droits fondamentaux	50
Introduction au concept d'adaptation	50
Section 1 : Premières illustrations de la méthode d'adaptation en matière d'adoption	51
Section 2 : Affinement de la méthode en matière de mariages entre personnes de même sexe	55
Section 3 : Affinement de la méthode en matière de filiation : le cas de la gestation pour autrui	56
Section 4 : Extension aux institutions étrangères proches ? Le cas de la filiation de l'enfant pris en charge dans le cadre d'une Kafala	59
Conclusion.....	65
Bibliographie	68
Législation.....	68
Législations européennes et internationales	68
Législations nationales	68
Doctrine	68
Jurisprudence.....	73
Cour de justice de l'Union européenne	73
Cour européenne des droits de l'Homme	73
Belge.....	74
Française.....	74
Autres	74
Table des matières	76

