

## Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) \*

Horatia MUIR WATT

*Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)*

RÉSUMÉ. — Le droit international privé de la famille semble pris en otage aujourd'hui entre l'internationalisation de ses sources, au moyen de l'affirmation des droits fondamentaux, et le démantèlement de l'ordre international sous l'effet de la globalisation. Les repères traditionnels de l'internationaliste, comme les outils méthodologiques qui permettaient jusqu'ici de résoudre les conflits de lois, cèdent la place à une nouvelle vision, dichotomique, de ces derniers, qui n'est en réalité que l'effet induit de mouvements qui le dépassent, tenant à la désagrégation du droit privé de la famille et des transformations affectant les assises mêmes des ordres juridiques. C'est ainsi que coexistent désormais un espace d'affrontement des modèles familiaux sur-idéologisés, qui donne prise à la résurgence d'un raisonnement méta-conflictuel, et un autre, régional, fédéré par une communauté de valeurs, au sein duquel les divergences sont certes aplanies au moyen d'instruments de coordination plus pacifiques, que guette l'asservissement à des finalités purement économiques. Partagé entre affrontement et instrumentalisation, le droit international privé de la famille n'a pas su, pour l'heure, relever le défi de la mondialisation.

1. Le sujet met en présence une antinomie aux termes eux-mêmes complexes, en même temps qu'il soulève la question de sa « *relevance* » pour l'internationaliste. Son analyse montrera, cependant, que, pris en otage entre les *valeurs* sur lesquelles se construisent la famille européenne contemporaine, et le *démantèlement* actuel de l'ordre international en fonction duquel il s'est élaboré, le droit international privé confronte ici son propre avenir.

Le nouveau paradigme – celui de post-modernité – que l'on appelle la mondialisation du droit correspond à la disparition des repères géographiques et temporels sur lesquels s'est construit le droit international privé moderne <sup>1</sup>. Fondement axiologique de ce der-

\* Texte d'une conférence donnée dans le cadre des « Journées de Droit International Privé » à l'Université Carlos III à Madrid, reproduit avec l'aimable permission du Professeur A. L. Calvo Caravaca.

<sup>1</sup> Sur la globalisation comme *paradigme de la post-modernité*, v. A.-J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ « Droit et Société », 1998 et le compte rendu de M.-A. Frison-Roche, *Rev. trim. dr. civ.* 1998, p. 236. Plus généralement, sur la mondialisation du droit, l'ouvrage portant ce [p. 271-284] H. MUIR WATT *Arch. phil. droit* 45 (2001)

nier, la territorialité perd sa signification devant l'instantané, l'immatériel<sup>2</sup>. À ce dernier égard, il faudrait sans doute parler de « globalisation » : celle-ci ne se passe-t-elle pas du monde<sup>3</sup>? Quel que soit le terme, c'est le concept d'*espace normatif planétaire* qu'il faudra désormais confronter à la perspective classique des conflits de lois et de juridictions, fondée sur un compartimentage des ordres juridiques et relayée par le positivisme étatique<sup>4</sup>. Certes, la concurrence des droits, synonyme de conflit, n'est pas près de disparaître ; bien au contraire, la logique du marché atteint aussi les processus de production des normes<sup>5</sup>. Mais le critère de choix sera tiré de l'efficacité de la règle et non plus de considérations de proximité géographique, ni de l'étendue de la souveraineté de l'État, dont le monopole en matière de production normative est déjà sérieusement ébranlé en face de l'activité contractuelle transnationale des grands opérateurs privés<sup>6</sup>.

2. De prime abord, la famille elle-même n'échappe pas aux effets de ce vaste mouvement. Déjà, l'intérêt récent de l'Union européenne pour les questions matrimoniales et de responsabilité parentale<sup>7</sup> atteste l'absence d'étanchéité des champs disciplinaires : c'est bien le fonctionnement efficient du marché intérieur qui exige de pourvoir à l'harmonie de la vie familiale de l'*homo oeconomicus*. Par ailleurs, les nouveaux phénomènes sociaux engendrés par l'intensification des rapports internationaux, la nouvelle perméabilité des frontières, les flux exceptionnels d'immigration liés à la stratégie des firmes, exercent déjà une influence certaine sur le contenu des droits nationaux de la famille, dont l'évolution passe désormais sans aucun doute par la *circulation des modèles*

---

titre publié sous les auspices du CREDIMI, Dijon, Litec, 2000, et spécialement la contribution de H. Fulchiron, « La famille face à la mondialisation », p. 479.

<sup>2</sup> V. sur ce que la transformation profonde de l'économie par de nouvelles technologies de production et de communication et la financiarisation des échanges, induit une déconstruction des modèles (dont le modèle industriel désormais asservi à une logique financière), M.-A. Moreau et G. Trudeau, « Les normes du droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie : de nouveaux enjeux pour l'espace régional », *JDI* 2000, p. 915. Sur l'incidence de l'immatériel sur les raisonnements traditionnels en droit international, v. H. Ruiz-Fabri, « Immatériel, territorialité et État », *Arch. philo. dr.* 1999, t. 43, p. 187.

<sup>3</sup> A.-J. Arnaud, *op. cit.*

<sup>4</sup> Sur le positivisme étatique comme postulat de la méthodologie traditionnelle européenne du droit international privé, v. B. Oppetit, « Le droit international privé, droit savant », *RCADI* 1992-III, t. 234, p. 351 et s.

<sup>5</sup> Il existe une littérature abondante sur ce thème, central à l'analyse économique du droit. V. par ex, les développements et la bibliographie citée sur ce thème par U. Mattéi, *Comparative Law and Economics*, Michigan, 1998, et plus spécifiquement, par ex., dans le domaine des sociétés commerciales, Charny, « Competition between Jurisdictions in adopting rules for companies : An American perspective on the race to the bottom in the European Community », *Harv. Law Rev.*, 1991, p. 423. Cette problématique est très éloignée de la vision du droit international privé moderne comme réglant la « compétition » entre lois étatiques internes, qui est un postulat purement méthodologique (v. par ex chez Ph. Francescakis, *Rép. Dalloz, Dr. intern.* 1re éd., V° *Conflits de lois, Principes généraux*, n° 18).

<sup>6</sup> Faisant apparaître que le positivisme étatique est la base du droit international privé moderne, v. Ph. Francescakis, *op. et loc. cit.*

<sup>7</sup> Règlement du Conseil du 29 mai 2000.

juridiques<sup>8</sup>. Ainsi, à l'heure actuelle, la prolifération dans les différentes législations européennes de statuts spécifiques aux partenariats organisés – qui semblent devoir remplacer la polygamie ou la répudiation comme nouveau *hard case* du droit international privé contemporain<sup>9</sup> – fournit une excellente illustration de l'idée selon laquelle la mise en concurrence des droits, liée à un accès facilité à l'information, débouche sur l'emprunt des modèles, et constitue aussi le principal facteur d'évolution des systèmes juridiques. C'est ainsi qu'émerge la nouvelle famille européenne<sup>10</sup>, produit du droit vivant, pluraliste, égalitaire, sociologique, pédocentrique, opposant plasticité et volontarisme aux rigueurs de l'ancien modèle monolithique, patriarcal, sacralisé et légitime.

3. Mais – conséquence plus sombre de l'intensification des échanges internationaux – il n'est pas certain que la logique du marché respecte les *frontières de la personnalité et de la vie privée ou familiale*. Si les juridictions anglaises nous ont appris dans l'affaire *Blood*, que l'insémination *post mortem* est une prestation de service dont la liberté justifie la circulation internationale des gamètes<sup>11</sup>, l'actualité récente révèle, sans qu'il y ait lieu de lire Posner sur le sujet<sup>12</sup>, que les réseaux de vente internationale d'enfants ne se sont jamais aussi bien portés depuis qu'ils disposent des ressources de l'Internet<sup>13</sup>. Gary Becker n'avait-il pas déjà enseigné que la rationalité mercantile de l'*homo oeconomicus* s'exerce dans toute situation de choix sous contrainte, y compris celui du partenaire<sup>14</sup> ? Comment s'étonner, dès lors, que les particuliers se livrent au shopping des règles juridiques comme à celui des marchandises, que le tourisme procréatif est devenu de mode, que ce soit en vue d'un accouchement sous X en France, d'un avortement en Belgique,

<sup>8</sup> La théorie comparatiste contemporaine admet que la principale source d'évolution des systèmes juridiques est bien l'emprunt de modèles étrangers (v. A. Watson, *Legal Transplants : An approach to comparative law*, 1974 ; U. Mattéi, *op. cit.*, p. 22 et s.).

<sup>9</sup> V. la réflexion menée en France, liée à l'adoption du Pacte civil de solidarité (PACS) par la loi du 15 novembre 1999, notamment par G. Khairallah, « Les 'partenariats organisés' en droit international privé (Propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité) », *Rev. crit. dr. int. pr.* 2000, p. 317, et par H. Fulchiron, « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *JDI* 2000, p. 889.

<sup>10</sup> Dont il faut cependant reconnaître que ce n'est pas le moindre paradoxe qu'elle est encore à la recherche de sa définition. V. par ex., V. Coussirat-Coustère, « La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme » ; J. Hauser, « L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille », in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, avt.-propos de F. Dekeuwer-Defossez, LGDJ, 1996, p. 45 et s. ; p. 121 et s.

<sup>11</sup> *Reg.v. H.F.E. Authority, Ex parte Blood* (1996) 3. WLR 1176, Fam Div ; (1996) 2 WLR 806, CA. Sur cette décision, v. J. Flauss-Diem, « Insémination post mortem, droit anglais et droit communautaire », *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 217.

<sup>12</sup> E. Landes & R. Posner « The Economics of the Baby Shortage », *7 Journ. Legal Studies*, 1978, p. 323.

<sup>13</sup> On pense à l'affaire des jumelles américaines Kiara et Keyara, objet de deux ventes successives sur Internet, que les autorités britanniques viennent de confier à une famille nourricière en attendant une décision de justice. La lecture des travaux préparatoires de la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale renvoie la même triste image.

<sup>14</sup> G. Becker, *The Economic Approach to Human Behaviour*, Univ. Chicago Press, 1976. [p. 271-284] H. MUIR WATT *Arch. phil. droit* 45 (2001)

ou d'une insémination artificielle aux Pays-Bas <sup>15</sup>... Il n'y a pas d'ailleurs que les particuliers, consommateurs de règles juridiques, que la dilution des frontières incite à l'expérimentation la plus diverse ; l'Union européenne n'a-t-elle pas été qualifiée de laboratoire de la mondialisation<sup>16</sup>.

4. Néanmoins, dans le domaine de la famille, la vocation d'un espace mondial soulève des questions bien distinctes de celles qui affectent les disciplines à caractère économique. Si marché planétaire des droits il y a, force est de reconnaître une *limite à la fongibilité de ses produits*. Là où s'arrête la logique du marché des droits nationaux, réapparaît naturellement celle du conflit de lois. Mais l'internationaliste ne retrouve pas pour autant ses repères. Car les nouvelles barrières qui traversent l'espace planétaire s'érigent au nom d'une idéologie aussi puissante que celle du marché, et de prime abord aussi indifférente aux références spatiales traditionnelles. C'est ainsi qu'en contrepoint au discours de la globalisation économique, l'internationalisation des droits de l'homme aboutit, au nom de l'universalité, à pousser jusqu'à la rupture méthodologique le relativisme culturel auquel les raisonnements traditionnels répondaient, tant bien que mal, par une logique coordinatrice, axée sur la coexistence pacifique des modèles familiaux. C'est dire que la méthode du conflit de lois n'est pas en mesure de relever le *défi* que représente en ce domaine l'internationalisation de ses sources (I). Dépassée par les transformations enregistrées dans l'ordre international, elle cède désormais la place à une *nouvelle dichotomie*, qui distingue selon que le conflit de lois se noue à l'intérieur d'un espace adhérent à une même *communauté de valeurs*, à un même discours sur la famille (II) ou qu'il représente le *choc de modèles opposés*<sup>17</sup>(III).

## I. — LE DÉFI

5. L'espace familial, naguère dénoncé comme structure d'oppression, s'affirme désormais, transformé sous la pression des féminismes comme des mouvements de défense d'intérêts des enfants <sup>18</sup>, *depositaire d'identité culturelle*, siège de liberté individuelle, point d'ancrage du sentiment d'appartenance dans une société globale dépersonnalisée et atomisée <sup>19</sup>. Les modèles familiaux apparaissent ainsi comme autant de discours, de représentations collectives des valeurs structurantes de la société, qui,

<sup>15</sup> V. J.-J. Lemouland, Rapport sur le tourisme procréatif, in *L'actualité du droit international privé de la famille*, Pau, mai 2000, à paraître aux *Petites affiches*, 2001.

<sup>16</sup> L'expression est de M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, éd. du Seuil, 1998.

<sup>17</sup> La distinction entre les lois homogènes et hétérogènes, selon qu'elles reflètent ou non une même communauté de valeurs, a récemment été proposée, dans un esprit analogue, par B. Fauvarque-Cosson, reprenant à cet égard la pensée de Lambert (v. B. Fauvarque-Cosson, « Droit comparé et droit international privé », *RIDC*, 2000, p. 797).

<sup>18</sup> A.-J. Arnaud, « Philosophie des droits de l'Homme et droit de la famille », in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, précité, p. 13.

<sup>19</sup> V. D. Gutmann, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, préf. F. Terré, LGDJ, 2000.

mythiques ou non<sup>20</sup>, opposent une forte résistance à la déshumanisation induite par le mercantilisme ambiant et son indifférence pour la personne. Comme en écho à la désarticulation de l'ordre économique, un nouvel ordre culturel émerge, lui aussi en rupture avec le modernisme<sup>21</sup>, fortement idéologisé, axé sur le thème identitaire, sur la recherche d'une citoyenneté, d'une appartenance de groupe. Force est cependant de reconnaître que cette quête identitaire recèle un *paradoxe profond* (A), devant lequel les *outils méthodologiques traditionnels* révèlent leurs propres *limites* (B).

#### A. — *Le paradoxe du repli identitaire*

6. Le *paradoxe* est que ce repli culturel est largement nourri, au moins pour les systèmes de l'Europe occidentale, par *l'internationalisation des droits de l'homme*, qui affirment pourtant leur vocation à dépasser l'extrême relativité qui affecte les structures et les rôles au sein de l'espace familial<sup>22</sup>. Les frontières géographiques cèdent à nouveau pour faire place à une idéologie parallèle mais aussi puissante que le discours du marché, qui fonde une nouvelle symbolique de la famille alliant – dans un équilibre parfois fragile – *fondamentalité et pluralisme, solidarité et individualisme, permanence et ouverture*, et construite en grande partie sur les « droits à » : droit parental de fonder une famille, et réciproquement, droit de l'enfant à sa famille. Droits individuels, ils trouvent curieusement une expression particulièrement forte au sein du groupe, dont on se demande s'ils n'en contiennent pas en germe le démantèlement<sup>23</sup>. Mais quoi qu'il en soit de ces tensions, il apparaît clairement que, face à la désertification de l'ordre international économique, les frontières se redessinent, autour sinon d'un territoire, du moins d'un symbole, d'un mythe fondateur. D'où l'on voit que rien n'est plus culturel, rien n'est plus relatif, que la représentation des droits fondamentaux<sup>24</sup>. Ce n'est pas la moindre contradiction de l'internationalisation des droits de l'homme que d'avoir mieux permis aux absolutismes idéologiques de s'affronter au sein de la communauté internationale<sup>25</sup>. Suridéologisée, la symbolique européenne de la famille, fondée sur la liberté et l'égalité, se heurte aujourd'hui au modèle patriarcal et contraignant de l'Islam, qu'elle condamne dans des termes qui raidissent au fur et à mesure que s'accroît l'immigration musulmane, tandis qu'en écho, les jurisprudences des différents pays du Proche-Orient

<sup>20</sup> F. Dekeuwer-Defossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit civil contemporain de la famille », *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, p. 249.

<sup>21</sup> V. encore A.-J. Arnaud, (*op. cit.*, p. 24), faisant état de « quêtes identitaires, issues de la colonisation et de ses séquelles, féminisme, éclatement des souverainetés, régionalismes en recherche de production normative ». Le parallélisme est frappant entre les transformations affectant l'espace normatif et les changements enregistrés en matière de structure familiale.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>24</sup> L. Amede Obiora, « Towards an Auspicious Reconciliation of International and Comparative Analyses », *Am. Journ. Comp. Law*, 1998, vol. 46, p. 669.

<sup>25</sup> *Ibid.* et pour le point de vue des ordres juridiques du Proche-Orient, qui témoigne d'un raidissement idéologique similaire, v. P. Gannagé, « Regards sur le droit international privé des États du Proche-Orient », *RIDC* 2000, p. 417 ; « Les sociétés multicommunautaires face à l'évolution du droit international privé », *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, 1997-98, p. 297.

semblent renvoyer une fermeture semblable <sup>26</sup>. Le pire cauchemar de l'internationaliste devient ainsi récurrent : enfants boiteux, couples déchirés, familles écartelées...

7. Ainsi convient-il de s'interroger sur la destinée d'un droit international privé des rapports interindividuels tributaire à la fois d'un certain modèle familial aujourd'hui démantelé, et d'un paradigme du conflit de lois que l'internationalisation des sources ou la logique du marché ont fortement contribué à désarticuler. Les défis de la mondialisation, ici comme ailleurs <sup>27</sup>, sont nombreux : prendre le parti du pluralisme et de l'ouverture à la diversité en s'appuyant sur la place aménagée à la volonté dans le modèle interne, ou ériger de nouvelles frontières au nom de valeurs fondamentales ? laisser ces dernières s'introduire dans l'intimité du groupe familial pour trancher entre les droits individuels antagonistes – mais également fondamentaux – de ses membres <sup>28</sup>, ou regretter l'époque où les droits de l'homme n'avaient pas encore fait reculer les frontières du non-droit jusque dans l'intimité des familles ? Persister dans la voie de la coopération internationale, dans l'espoir de régler sur un mode pacifique les conflits intra-familiaux les plus déchirants, ou refuser le compromis qu'impliquerait nécessairement un tel choix et se résigner au repli intégriste au nom de la fundamentalité ? Mobiliser le droit international privé au service d'une idéologie en prenant acte de la rupture de la communauté juridique et renforcer les mécanismes d'exception et les méthodologies offensives tel l'ordre public ou le raisonnement statutaire, ou préférer le désengagement méthodologique, sur le mode d'une neutralité purement coordinatrice ? Le temps, on l'a dit, est davantage aux expériences de laboratoire qu'aux certitudes.

#### B. — *Limites des outils existants*

8. Celles-ci ne concernent en effet que *l'inadéquation des outils existants*. L'ère de la mondialisation, pourrait-on dire, marque la fin de la vocation universelle de l'outillage scientifique des conflits de lois, selon l'expression de Ph. Francescakis <sup>29</sup>. La plasticité, la fonctionnalité de la méthode conflictuelle, qui en permirent l'adaptation à la diversification des conflits au cours de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, ne suffisent plus à résoudre les nouvelles variétés de « vrais conflits » induites par les récentes transformations sociales. N'est-ce pas, déjà, la prise de conscience des limites de la communauté juridique, que Savigny lui-même avait bien identifiées à celles de la méthodologie conflictualiste, qui a généré la plus récente rupture méthodologique outre-Atlantique, pour y faire place à une forme de néo-statutisme fondé sur la recherche des intérêts des États ? Ce rappel de l'histoire permet de souligner tout à la fois que les ruptures s'accompagnent parfois d'un retour aux sources ou de « tendances régressives » <sup>30</sup>, tandis que le succès du raisonnement statutaire a toujours été lié au recul de la communauté juridique, à la

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> V. à nouveau, M. Delmas-Marty, *op. cit.*

<sup>28</sup> Sur les effets pervers de la juridicisation de la sphère privée dans le sillage des droits de l'homme, v. D. Gutmann, *op. cit.*, n° 361 et s.

<sup>29</sup> Ph. Francescakis, *op. cit.*, n° 72 et *Rép. Dalloz*, précité, V° *Droit international privé comparé*, n° 111, 112, 119, 164.

<sup>30</sup> B. Oppetit, *op. cit.*, sur la formation historique du droit international privé moderne.

privatisation des conflits de lois qu'elle induit, aux situations où il devient impossible de *dissocier l'impératif du rationnel*<sup>31</sup>.

9. La seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle a enterré la neutralité de la règle de conflit, comme celle de l'exception d'ordre public. Il se peut qu'à trop identifier les enjeux du contentieux international de la famille aux seuls intérêts promus par le modèle familial de droit interne – ceux de l'enfant naturel en quête de filiation paternelle, de l'époux prisonnier du mariage, de la femme répudiée, du projet parental du couple sans enfants... - le droit international privé se soit progressivement privé des moyens d'exercer sa fonction proprement coordinatrice des systèmes de valeurs opposés. Jusqu'ici, les difficultés liées à la dilution de la communauté juridique ont trouvé leur solution dans les ressources de l'adaptation ; à défaut de recul, on a compté sur l'élasticité des catégories, sur la souplesse de la substitution<sup>32</sup>, pour appréhender les rapports familiaux reposant sur des modèles différents ; on a assoupli aussi les rattachements pour mieux aménager le sentiment d'identité de l'immigré, pour mieux saisir une proximité de plus en plus fuyante à mesure que les distances rétrécissent.

10. L'élasticité de la méthode des conflits de lois a cependant ses limites<sup>33</sup>. Tant que les expédients demeuraient l'exception, ils pouvaient sembler tolérables. Mais la mondialisation des rapports renverse la perspective : quel groupe familial n'a pas, désormais, une composante, un rattachement, étranger ? L'adaptation des outils existants fait place ainsi à une rupture épistémologique plus profonde. Que l'idée d'une option de législation en matière de statut personnel et familial recueille de plus en plus de suffrages, est certainement le signe d'une faillite des rattachements objectifs. Et sans doute ouvrirait-elle des perspectives très intéressantes<sup>34</sup>, si, en dehors du contexte purement européen, la sur-idéologisation des droits de l'homme ne développait, en contrepoint, un modèle impératif, fait *d'un ordre public à vocation internationale et à usage planétaire*.

## II. — LE CHOC DE MODÈLES OPPOSÉS

11. C'est au service de ce dernier que s'inscrit le renouvellement méthodologique du droit international privé à usage planétaire. Celui-ci repose sur l'existence d'une « caté-

<sup>31</sup> Proposée par H. Batiffol, cette distinction est centrale au droit international privé moderne en tant qu'elle autorise à faire abstraction de la problématique du pouvoir dans la solution des conflits de lois (*Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1957).

<sup>32</sup> V. Cass. civ. I, 3 janv. 1980, *Beneddouche*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1980, p. 331, note Batiffol, *JDI* 1980, p. 327, note Simon-Depitre, *Grands arrêts de jurisprudence de droit international privé*, 3e éd., n° 61.

<sup>33</sup> Ce n'est pas la première fois que l'archaïsme du raisonnement dominant est dénoncé : v. Ph. Francescakis, *Rép. Dalloz*, précité, *V° Conflits de lois (Principes généraux)*, n° 210 et s. Cet auteur réfute précisément l'utilisation du concept de « statut personnel » dans le sens d'une matière à rattacher, alors qu'il désigne, dans la théorie des statuts, une loi d'application extraterritoriale. L'histoire, on le verra, tend à un certain retour aux sources à cet égard.

<sup>34</sup> D. Gutmann, *op. cit.*, n° 476 et s.

gorie » des droits fondamentaux<sup>35</sup>, dont la rationalité est clairement en décalage avec les outils conceptuels de la méthode conflictualiste. La rupture passe par un retour aux sources, par la renaissance de raisonnements de type statutiste liés jusqu'ici à l'émergence de l'État, au compartimentage des souverainetés, à l'échec du projet universaliste<sup>36</sup>. Celui-ci n'a pu prospérer que dans un contexte favorable à la possibilité de dissocier l'enjeu privé du conflit de la problématique du pouvoir étatique, perçu alors comme la condition et non l'objet du conflit de lois ; il a succombé en revanche chaque fois que la considération de la souveraineté ou de l'intérêt propre de l'État vient infléchir le raisonnement, obligeant à réaligner le rationnel sur l'impératif. À l'heure de la mondialisation, cependant, ce dernier n'est plus l'expression d'un pouvoir étatique, mais d'un *ordre de valeurs* dont la primauté se fonde moins sur une assise territoriale que sur leur prétention à la *fondamentalité*<sup>37</sup>. Intolérant de la diversité perçue comme attentatoire à l'essence de l'homme, ce nouvel ordre valoriste s'exprime dans les rapports avec les modèles non conformes sur *un mode unilatéraliste et impératif*, orientée directement vers la défense d'un statut de droit substantiel (A). Bénéficiant à cet égard du renfort apporté par des instruments de droit public, il se coule dans *le moule méta-conflictuel du conflit de systèmes* (B).

#### A. — *La défense d'un statut de droit substantiel*

12. À ce dernier égard, tout d'abord, c'est d'un véritable statut de la famille qu'il s'agit, qui s'impose en bloc, sans qu'il y ait lieu de s'interroger préalablement sur l'extranéité des rapports de famille concernés, lesquels ne sont plus l'objet spécifique d'une méthodologie dérogatoire. Ce sont en revanche les *exigences propres des droits fondamentaux*, qu'ils aient au demeurant pour fondement la constitution nationale ou la CEDH, qui en commandent l'empire dans l'espace<sup>38</sup>. Droit de l'enfant à agir en recherche de paternité, droit de divorcer, de ne pas être répudiée sans garantie procédurale, appartiennent en propre à tous ceux qui entretiennent un rattachement suffisant – *Inlandsbeziehung* à géométrie variable ou évalué au cas par cas<sup>39</sup> – avec l'ordre juridique qui les consacre. À l'heure actuelle, la protection de tels droits emprunte le plus souvent

<sup>35</sup> « Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique », *AJDA*, 1998, n° spécial, juillet-août ; et plus généralement sur ce point, B. Fauvarque-Cosson, *op. cit.*

<sup>36</sup> Produit de l'école politique, la méthode statutaire s'affirma en même temps que la prise de conscience de la territorialité du pouvoir (v. Ph. Francescakis, « Droit international privé comparé », précité, n° 30 et s.). L'émergence récente d'une forme de néo-statutisme aux États-Unis dans la théorie des intérêts gouvernementaux épouse également le schéma du pouvoir, et procède du constat des limites de la communauté juridique constituée par la *common law*.

<sup>37</sup> V. Léna Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, thèse doct. Univ. Paris 2, 1998.

<sup>38</sup> P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997, p. 1.

<sup>39</sup> Sans doute faut-il soustraire à cette relativité le droit au procès équitable, cependant : v. notre chronique, « Contre une géométrie variable des droits fondamentaux de la procédure », *Rev. gén. proc.*, 1996, p. 329.



la voie d'un ordre public de proximité ou de rattachement <sup>40</sup>, dont on pressent qu'il ne fait en réalité que préfigurer un réaménagement méthodologique plus important, autour du but social des lois <sup>41</sup>. Mais cette phase de transition souligne, outre le lien entre le recours à la fondamentalité et la transformation méthodologique, la *conception offensive* qui s'élabore progressivement du modèle familial issu des droits fondamentaux. Ce modèle est bien un « *droit contre...* » *les discours déviants*. L'ordre public de proximité se tient prêt à déclencher l'application du statut dès lors que le groupe familial, ou l'un de ses membres titulaire d'un « droit à... » peut se prévaloir des liens étroits avec la communauté sur laquelle le modèle déploie ses effets <sup>42</sup>. Les études consacrées au développement contemporain du droit international privé dans les pays de l'Islam font état d'un phénomène analogue <sup>43</sup>.

13. Le rattachement des droits fondamentaux au *milieu de vie* <sup>44</sup> est lui-même digne de remarque. De facture sociologique en droit interne, le modèle familial s'exprime sur un mode intégrationniste en droit international privé, étendant la protection de l'État – comme sans doute les charges qui s'imposent à la famille en retour – à tous les groupes qui « habitent le territoire » <sup>45</sup>. Mais il importe également de souligner que l'emprise du modèle est d'autant plus assurée que ce dernier tend à prendre place au sein d'un véritable ordre public européen, destiné au moins à terme à être relayé par tous les juges des pays signataires de la CEDH. Le milieu protégé, celui qui commande le domaine dans l'espace du statut familial impératif, est désormais un milieu européen *indifférencié* ; le seul contact avec ce dernier suffit à déclencher la protection exigée par le statut, devant l'une quelconque des autorités nationales tenues par ce dernier <sup>46</sup>. Ainsi, un juge français devra imposer le droit fondamental de l'enfant à une famille (ou du moins, sa propre perception d'un tel droit), dès lors, par exemple, que l'enfant demandeur réside à Madrid. Le rattachement déclenche l'applicabilité du statut, un peu comme si le juge exerçait désormais une forme de compétence liée. On retrouve une situation proche du conflit d'autorités, agissant chacune conformément à la *lex auctor*. On le voit, la problématique

<sup>40</sup> Pour des exemples tirés du droit comparé, v. A. Bucher, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, 1994-95, p. 209. Le droit de l'enfant résidant soit d'agir en recherche de paternité, soit d'agir en désaveu de paternité, a ainsi été affirmé sur le fondement d'un raisonnement analogue en France (Cass. civ. I, 10 février 1993, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1993, p. 620, note J. Foyer) et en Suisse.

<sup>41</sup> A. Bucher, *ibid.*

<sup>42</sup> À la faveur de l'essor de la résidence habituelle, tant en droit conventionnel que dans les codifications récentes, l'idée d'un rattachement au milieu de vie, accompagnant au demeurant la recherche d'une « loi du groupe » ou du « lien familial » apparaît progressivement (v. par ex., en matière de nom de famille, Cass. civ. I, 7 oct. 1997, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1998, p. 72 et la note de P. Hammje). V. également les travaux très attendus de Miriam Hunter sur la redéfinition du statut personnel, préparation de thèse doct. Univ. Paris 1.

<sup>43</sup> P. Gannagé, *op. cit.*

<sup>44</sup> M. Hunter, *op. cit.*

<sup>45</sup> Comp. les termes de l'art. 3 al. 1, code civil, dont il est significatif qu'il détermine le domaine des lois de police et de sûreté. Sur le retour à la méthode du but social des lois, v. A. Bucher, *op. cit.*

<sup>46</sup> P. Hammje, *op. cit.*

du pouvoir, centrale dans le raisonnement statutiste, occupe les devants de la scène ; il est peu surprenant, dès lors, de constater la présence d'*outils méta-confliktuels*, qui appellent la dimension « publiciste » du conflit <sup>47</sup>.

### B. — *Le moule méta-confliktuel du conflit*

14. Le raisonnement statutaire se construit davantage sur l'hypothèse de l'affrontement que sur celle de la coordination, contribuant plutôt à la mise en exergue des conflits qu'à leur solution. Celle-ci peut cependant être recherchée dans le déploiement de moyens externes, destinés soit à mieux asseoir la primauté du statut menacé, soit à réduire les cas d'affrontement, et ayant en commun de rappeler à nouveau les limites d'une conception privatisée à l'excès du conflit de lois.

C'est ainsi, en premier lieu, que la défense effective du statut familial mis en contact avec des modèles étrangers se trouve assurée par le *recours aux autorités*, qu'elles soient administratives ou judiciaires. S'engageant très clairement dans cette voie, les plus récentes Conventions de la Haye font ainsi de l'intervention des autorités centrales du centre de vie le pivot d'une protection familiale qui ne peut dépendre de la seule affirmation des compétences législatives <sup>48</sup>. La *Convention-adoption* est sans doute le plus frappant exemple de ce recours à un mécanisme méta-confliktuel, reposant largement sur la méthode de l'ordre juridique compétent <sup>49</sup> pour réaliser la coordination que la technique du conflit de lois, trop engagée ou trop fragile, n'était plus à même d'assurer. À défaut de coopération conventionnelle, on sent bien que c'est dans la *progressive ascension du juge* que résidera la solution du conflit de systèmes. Il est à prévoir que le juge naturel, *forum conveniens* du milieu de vie familiale, for des valeurs européennes, n'hésitera pas à développer son *imperium*, au service de la solution des conflits à venir ; il s'agit d'une perspective qui semble aujourd'hui se dessiner en faveur d'un certain recentrage du droit international privé vers des questions juridictionnelles <sup>50</sup>. La détermination de la compétence judiciaire, du juge naturel du groupe familial, revêt une importance sans précédent en raison de l'étendue des pouvoirs qu'il est en mesure d'exercer pour assurer l'effectivité de la protection accordée.

Mais, en second lieu, cette judiciarisation des conflits n'empêche pas non plus de mobiliser des moyens de droit public au service d'une *stratégie d'évitement de la confrontation*. La théorie moderne du droit international privé, abandonnant la vision

<sup>47</sup> Il est intéressant de relever, au titre de l'interaction des questions de méthode de droit international privé et de structure de la famille (v. déjà, *supra* note 20) que pour Savigny, la famille relevait du droit public (sur ce point, J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, *La famille*, PUF, 18<sup>e</sup> éd., p. 29).

<sup>48</sup> Cette démarche est caractéristique de la Convention-adoption, précitée, mais aussi de la Convention du 19 octobre 1996 sur la protection des enfants, et de celle du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes.

<sup>49</sup> Sur la présence dans le système mis en place par cette convention de cette méthodologie, conceptualisée par Paolo Piccone, v. H. Muir Watt, « La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale » *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, 1993-94, p. 49.

<sup>50</sup> V. notre compte rendu de la 13<sup>e</sup> édition du Dicey & Morris, *The Conflict of Laws*, Sweet and Maxwell, 2000, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, p. 307.

plus large qu'avaient ses prédécesseurs de l'étendue de la discipline <sup>51</sup>, a prêté une attention insuffisante à la condition des étrangers, dont J.-L. Halpérin nous a récemment rappelé à quel point elle est solidaire de la méthodologie du conflit de lois <sup>52</sup>. Il ne faut pas oublier, tout d'abord, que la politique de l'immigration, fixant les conditions d'accès au séjour comme du droit au regroupement familial, repose sur une conception normative de la famille <sup>53</sup>. Le fait de ne pas se conformer à un certain statut, c'est se voir refuser l'accès au territoire.

Mais une *méthodologie plus pacifique* retrouve-t-elle sa place pour régler les conflits de lois surgissant au sein de l'espace de vie régi par ce statut ?

### III. — AU SEIN DU MODÈLE-CADRE RÉGIONAL

15. Si le choc des modèles opposés imprime tant à la méthodologie des conflits de lois qu'à la compétence du juge un caractère offensif, il est certain que le cadre régional européen fournit un environnement plus propice à la résistance des méthodologies pacificatrices, tandis que la communauté de valeurs qui sous-tendent les lois en conflits autorise des solutions plus « engagées » <sup>54</sup>. Par exemple, même si sa concrétisation variera d'un juge national à l'autre, le critère de l'intérêt de l'enfant naturel fera l'objet d'un consensus au sein de tous les ordres nationaux adhérant au modèle familial pédo-centrique, de sorte que le règlement du conflit peut s'y référer sans crainte de se heurter à une conception profondément différente des finalités du groupe familial. Ce n'est évidemment pas à dire que les conflits de lois disparaissent ; la diversité des interprétations et la marge d'appréciation laissée par la CEDH <sup>55</sup> y pourvoient amplement. Il est sans doute plus juste de parler de la géométrie des familles <sup>56</sup>, la diversité des modèles en droit comparé européen reflétant le pluralisme caractéristique de chacun des droits internes concernés. Mais le conflit se présente davantage comme un choix entre des

<sup>51</sup> Comp. le rappel de la conception extensive du droit international privé dans la tradition française, isolée en droit comparé, Ph. Francescakis, *Rép.*, précité, *V° Droit international privé*, n° 11 et s. Il est possible que l'un des effets induits de la globalisation des marchés sera d'obliger à nouveau à réintégrer dans le raisonnement du droit international privé les données concernant le mouvement des populations : v. les références citées *supra*, note 2.

<sup>52</sup> J.-L. Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF « Les voies de droit » 1999 ; et déjà, C Labrusse, « La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration », *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, 1975-77, p. 111.

<sup>53</sup> V. F. Jault-Seseke, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, LGDJ, 1996, spéc. n° 69 et s.

<sup>54</sup> La règle de conflit engagée est celle qui exprime une préférence de droit substantiel (telle la faveur pour l'enfant dans l'établissement de la filiation). Les articles 311-16 et s. du code civil français en fournissent une bonne illustration.

<sup>55</sup> M. Delmas-Marty et M.-L. Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit pluraliste », *RIDC*, 2000, p. 53.

<sup>56</sup> V. Coussirat-Coustère, *op. cit.*, p. 74.

modalités dérogatoires au droit commun<sup>57</sup> que comme le règlement d'un affrontement plus profond de modèles, comme si l'histoire offrait l'occasion à la méthode conflictuelle de retrouver sa fonction originaire, que la tradition savignienne veut neutre et coordinatrice, comme à la détermination du juge compétent de s'effacer à nouveau derrière un postulat de fongibilité juridictionnelle. Cependant, même ici, tout n'est pas exactement comme avant. Le contexte imprime à ces deux niveaux certaines spécificités, qu'il s'agisse de *l'infléchissement des conflits de lois sous la pression de valeurs de droit communautaire* (A), ou de l'incidence spécifique du *droit d'accès à la justice* sur la détermination de la compétence juridictionnelle (B).

A. — *L'infléchissement des conflits de lois  
sous la pression de valeurs de droit communautaire*

16. Si le cadre régional permet à la règle de conflit de redevenir un instrument de régulation technique de droit privé, tranchant les différences – dérogatoires – qui apparaissent dans les interstices du statut, il n'est pas certain qu'elle retrouve pour autant toute liberté de s'engager en faveur des intérêts de fond servis par le modèle. Car, *wheels within wheels*, si le conflit familial a un caractère *intra-communautaire*, il est à prévoir l'interférence d'autres considérations spécifiques. *L'instrumentalisation des conflits de lois au service du marché* qui est déjà manifeste dans le domaine patrimonial, ne va sans doute pas tarder en effet à s'étendre aux conflits de lois affectant les rapports familiaux intra-communautaires. Et cela, que le règlement du conflit repose sur le choix d'un rattachement ou la mise en œuvre de mécanismes d'ordre public ou de police. De même que la loi de police contractuelle, applicable sur le fondement de l'article 7 de la Convention de Rome, va subir désormais un contrôle de proportionnalité et de conformité communautaire<sup>58</sup>, il est probable que la solution du conflit de lois, reposerait-elle sur une véritable police de la famille, n'échappera pas le cas échéant à la qualification d'entrave à la libre circulation des personnes.

17. Un premier exemple de l'esprit nouveau qui pourrait affecter assez profondément les conflits de lois intra-familiaux dans ce contexte peut être tiré de la réflexion récente qu'inspire, dans la doctrine française, le *rattachement du partenariat organisé*, évoqué plus haut. Si les suffrages semblent aller vers la *loi de l'institution* (loi ayant présidé à l'échange des engagements réciproques), le fondement suggéré est très clairement le souci d'assurer la circulation de personnes. De prime abord, le raisonnement ainsi proposé n'a rien de très insolite en matière familiale, et semble rejoindre la même préoccupation de permanence qui conduit à soumettre le statut personnel en général à un rattachement « fort », nationalité ou domicile ; mais force est de constater qu'en mettant en

<sup>57</sup> Par ex. les causes du divorce peuvent varier, mais le principe de la dissolubilité est acquis ; le partenariat organisé connaît des formes diverses, mais le mariage a perdu son monopole en tant qu'expression du couple, etc., etc.

<sup>58</sup> V. L'important arrêt CJCE 23 nov. 1999, *Arblade*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, p. 710, note Fallon, affirmant la primauté du droit communautaire sur les lois de police ; comp. le texte du groupe européen de droit international privé (Rome, 15-17 septembre 2000), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, p. 930.

œuvre une forme de « principe d'origine », il contient en germe le rattachement des obligations du mariage à la loi du lieu de célébration (et le divorce à la loi de l'autorité qui le prononce ?). Mais l'infléchissement de la méthodologie purement conflictuelle sous l'emprise de valeurs communautaires va bien plus loin encore. De l'affaire *Blood*, également évoquée plus haut, on comprend qu'il est inutile d'interroger la loi applicable à la filiation pour déterminer la possibilité et les limites de la procréation médicalement assistée, si en toute hypothèse les exigences de la libre prestation de services imposent le bénéfice de la solution la plus libérale. On est en présence ici d'un phénomène analogue à celui déjà bien établi en matière patrimoniale, où le principe d'origine (*home country control*) vient en réalité écarter le titre d'application de la loi, le cas échéant plus sévère, du lieu d'exécution d'une activité. C'est l'utilité même du rattachement qui est en cause. La raison d'être des conflits de lois disparaît en même temps que les entraves à la circulation. Prisonnière d'un modèle familial, la règle de conflit européenne est également l'instrument d'une idéologie de marché.

#### B. — *Le droit d'accès à la justice*

18. Dans ce contexte de communauté juridique, il est à prévoir que les conflits de juridictions s'effacent à nouveau pour retrouver leur traditionnelle acception purement platonique. Dans le contentieux intra-européen, la détermination du juge naturel de la famille n'est plus une nécessité liée à la sauvegarde de valeurs menacées, puisqu'on sait que tout juge appartenant au club est lié par ces dernières. La fongibilité des juges fait donc perdre son importance à la détermination de la compétence internationale, qui n'est plus déterminée dans la perspective d'un affrontement. C'est pourquoi, dans la vision classique, il suffit qu'elle réponde à des objectifs de bonne administration de la justice. La tradition européenne rattache généralement à cette dernière le fondement de la règle *actor sequitur*, qui fait assumer au demandeur au procès le risque de l'internationalité, en l'obligeant à se déplacer pour plaider sa cause dans le pays du défendeur. Mais il semble que cette perspective soit progressivement aussi en train de s'infléchir, sous l'influence, notamment, de l'idée selon laquelle *l'accès à la justice* fait partie intégrante de la protection du droit substantiel invoqué ; le for du demandeur n'inspire plus autant d'horreur qu'avant<sup>59</sup>. Du moins est-ce le cas aujourd'hui en matière intra-familiale. Ainsi, le nouveau règlement matrimonial ouvre très largement l'accès à la justice, n'hésitant pas à aligner des chefs de compétence qui servent aussi l'intérêt du demandeur<sup>60</sup>, la tradi-

<sup>59</sup> V. très critique de ce que les auteurs américains appellent le « *defendant-bias* » (mais s'agissant de la mise en œuvre du for contractuel dans le contexte de la Convention de Bruxelles), V. Heuzé, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5-1° de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, p. 595.

<sup>60</sup> Sur ce point, v. M. Virgos Soriano et F. J. Garcimartin Alférez, *Derecho Procesal Internacional*, Civitas, 2000, n° 204, et notre compte rendu, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001, n° 1, à paraître (Les auteurs relèvent ainsi : *En el ambito patrimonial, el criterio de base era que, frente a demandados extranjeros, la competencia judicial internacional solo se afirmaba cuando ese demandado hubiese provocado la internacionalidad de la relacion... En cambio, en el ambito de familia, el legislador ha optado por reducir los costes de acceso juridiccional al demandante, estableciendo foros cercana a su persona.... El legislador no pretendete tanto* [p. 271-284] H. MUIR WATT *Arch. phil. droit* 45 (2001)

tionnelle préférence pour le défendeur n'avait plus lieu d'être. La justice régionale est en effet une justice entre soi, et non pas une justice de la diversité. Du méta-conflictuel, on passe à l'à-peine conflictuel, simple technique de gestion des règles dérogatoires, loin de l'affrontement.

## CONCLUSION

19. Que conclure de ces constats divers relatifs à l'état du droit international privé de la famille face à la mondialisation ? On ne peut s'empêcher de penser que le droit international privé se trouve en quelque sorte pris en otage entre la *désarticulation de l'espace mondial*, dans lequel il ne bénéficie plus d'un passeport universel, et d'autre part, la *désagrégation du droit privé interne* de la famille, que les droits fondamentaux transforme une série de créances contre l'État<sup>61</sup>, et qui l'oblige à s'exprimer sur un mode offensif, négateur de la diversité qui constituait pourtant sa raison d'être. Les modifications qu'affiche la physionomie du droit international privé ne sont que *l'effet induit de ces changements*, entre lesquels il semble avoir perdu de son autonomie, sa personnalité. La dichotomie mondiale/régionale semble aujourd'hui inévitable, mais n'empêche pas de regretter que dans le premier contexte les conflits soient livrés à une logique d'affrontement. Il reste à espérer que les techniques qui ont permis jusqu'ici de surmonter les ruptures, telles les ressources de la volonté individuelle<sup>62</sup>, la méthode comparative<sup>63</sup>, une réflexion sur l'histoire des méthodes<sup>64</sup>, ou encore la prise de conscience de l'extrême relativité des droits l'homme<sup>65</sup>, puissent suggérer progressivement des solutions alternatives...

---

*garantizar la sumision del demandado a su foro natural cuanto facilitar el aceso jurisdiccional al actor).*

<sup>61</sup> Sur ce phénomène, v. D. Gutmann, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 329.

<sup>62</sup> D. Gutmann, *Le sentiment d'identité*, précité.

<sup>63</sup> B. Fauvarque-Cosson, *op. cit.*

<sup>64</sup> A. Bucher, *op. cit.*

<sup>65</sup> L. Amede Obiora, *op. cit.*